

VOLUME

7

ATUALIDADES JURÍDICAS

COORDENADORA

Maria Helena Diniz

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf

Álvaro Villaça Azevedo

Carlos Alberto Dabus Maluf

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Eduardo C. B. Bittar

Enrico Francavilla

Humberto Theodoro Júnior

Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme

Márcio Barbosa Zeneri

Maria Garcia

Maria Helena Diniz

Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi

Maria Lígia Coelho Mathias

Pedro Paulo Teixeira Manus

Sérgio Iglesias Nunes de Souza

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Wagner Balera

Wilson José Gonçalves

100 ANOS
 **Saraiva**

EXTINÇÃO DO CONTRATO. TERMINOLOGIA E ESTRUTURA NO CÓDIGO CIVIL

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme

Bacharel, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor do curso de pós-graduação nas Faculdades de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), convidado de diversas faculdades e instituições dentre elas: PUCSP (Cogeae), Escola Paulista da Magistratura (EPM), do Complexo Educacional Damásio de Jesus (Damásio). Professor de graduação nas Faculdades de Direito da UPM e Doutor Adjunto das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Coordenador do curso de arbitragem prática da Escola Superior da Advocacia (ESA) e coordenador de cursos jurídicos de extensão das Faculdades ALFA/FADISP. Membro efetivo da comissão de meio ambiente e coordenador de subcomissão da OAB/SP, Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), Membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal (IADF), do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado em São Paulo (SP), Brasília (DF), Minas Gerais (MG) e Rio de Janeiro (RJ). Sócio fundador de Almeida Guilherme Advogados Associados (AGLaw). Autor de diversos livros e artigos jurídicos.

1. A TERMINOLOGIA NA CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre a extinção dos contratos em um capítulo próprio, do art. 472 ao 480, mostrou um grande avanço em face do de 1916, no qual a matéria se encontrava espalhada. Entretanto, parte da doutrina entende que continua falho, seja por não exaurir o tema dentro do capítulo a que se destina, seja por usar igual nomenclatura para situações distintas.

Em sua sistematização, estabelece o *distrato*, nos arts. 472 e 473; a *cláusula resolutiva*, nos arts. 474 e 475; a *exceção de contrato não cumprido*, nos arts. 476 e 477; e a *resolução por onerosidade excessiva*, nos arts. 478 a 480. O termo *rescisão*, por vezes usado indistintamente para indicar o gênero extinção, não foi disposto no Código como uma espécie desta, mas é citado em diversos artigos, como arts. 455, 607, 609, 810, 1.642, IV.

A grande maioria dos autores entende que o legislador errou ao não exaurir o tema da extinção dentro do capítulo a que se destina, razão pela qual podem-se encontrar diferentes esquemas e terminologias para analisar a matéria, mas há quem veja uma lógica nessa sistematização, e entenda que o termo *rescisão* não foi estabelecido no capítulo da extinção por não se aplicar a uma relação originalmente perfeita, mas com vícios que violam o negócio jurídico no seu nascedouro; segundo Nelson e Rosa Nery, a rescisão “corta, cinde o negócio jurídico”¹, “é o resultado do atendimento do Estado, pelo juiz, à pretensão rescisória; quem cinde, quem corta, é o Estado”², para que não restem dúvidas de que a rescisão é sempre judicial.

Nesse sentido, alguns autores entendem que o Código não se ocupou, quando do capítulo destinado à extinção dos contratos, com o plano da existência, nem tratou sistematicamente do que concerne à eficácia, embora traga disposições que a ela se vinculem, como no caso do art. 1.653. Ocupou-se, entretanto, dos aspectos que concernem aos requisitos de validade (art. 104), bem como das consequências da sua falta, distinguindo os negócios inválidos em nulos (arts. 166 e 167) e anuláveis (art. 171). Ao analisar as terminologias adotadas, o *Código Civil comentado*, sob coordenadoria do Min. Cezar Peluso³ propõe, para a classificação das formas de extinção, uma divisão entre (i) *relações com vício originário*, abrangendo as hipóteses de invalidade do contrato (nulidade ou anulabilidade) e de vício material (vício redibitório) ou jurídico (evicção) na sua prestação; e (ii) *relações que são originalmente perfeitas*, cuja extinção se dá por causas supervenientes, localizando-se no campo da eficácia, não da validade, abrangendo os casos de resolução, resilição e distrato. É dos poucos materiais doutrinários que afirmam que o Código reservou o capítulo da extinção para abordar as hipóteses de distrato, resolução e resilição por apresentarem relações originalmente constituídas sem desvios ou patologias, cuja perda da eficácia que são acometidas por circunstâncias supervenientes à contratação. Nessa toada, esclarece que o termo *rescisão* foi reservado aos casos em que há vício inerente ao próprio objeto da relação obrigacional.

Em que pese o Código Civil consagre o termo *extinção*, a doutrina utiliza o termo *dissolução* como sinônimo; Sílvio de Salvo Venosa⁴, por sua vez, diver-

1. NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 514

2. MIRANDA, Pontes de. *Tratado*, v. XXV, § 3095, 1, p. 390/391 in NERY Junior, Nelson e NERY, op. cit., p. 514.

3. PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2010. p. 104, 531 *et seq.*

4. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos*. 3. ed. v. II. São Paulo: Atlas, 2003. p. 498, 507 *et seq.*

ge da maioria, ao estabelecer que o termo *desfazimento* é o mais apropriado, por trazer em seu bojo a noção de desate de um vínculo, sem se importar com a razão que o ocasionou. Entende que o termo *extinção* se aplica aos contratos que tiveram vida normal e por qualquer razão vieram a ser extintos, seja por terem sido cumpridos (*extinção normal*) ou porque o vínculo se extinguiu no meio do caminho (*extinção anormal*). Venosa entende que a ausência de discriminação dos termos, por parte do legislador, gera grande confusão terminológica, e aborda o tema da extinção focando nas formas anormais de execução, focando na análise da resilição, do distrato e da resolução.

Maria Helena Diniz⁵, por sua vez, entende que a falta de sistematização dificulta o estudo dos modos de extinção dos contratos, o que se assevera frente à excessiva preocupação com minúcias inconsequentes, às divergências terminológicas que acabam tendo consequências no plano doutrinário, e às vacilações nos conceitos e classificações de todos os fatores que, em determinado momento, podem pôr fim à relação contratual. Independentemente da análise que faz a respeito da forma como o código tratou a matéria, propõe uma classificação adotada por muitos doutrinadores, que se mostra bastante didática ao esquematizar o estudo entre extinção (i) por *causa natural*, com a execução do contrato; (ii) por *causas anteriores ou contemporâneas a sua formação*, abordando a nulidade, a condição resolutiva e o direito de arrependimento; e (iii) por *causas supervenientes à celebração*, abordando a resolução por inexecução voluntária, involuntária ou por onerosidade excessiva, a resilição uni ou bilateral, e a morte de um dos contratantes.

Álvaro Villaça Azevedo⁶ entende que o contrato pode se extinguir (i) pela *imperfeição anterior a ele*, que causa sua nulidade ou anulabilidade; (ii) pela *execução, com o cumprimento de todas as obrigações contratuais*; (iii) pela *inexecução culposa*, quando ocorre *rescisão unilateral ou bilateral*; (iv) pela *inexecução não culposa voluntária*, no caso de *resilição unilateral ou bilateral*; ou, por fim, (v) pela *inexecução não culposa involuntária*, quando trata de resolução.

Caio Mário da Silva Pereira⁷ também classifica as formas de extinção entre normal e anormal, e analisa mais profundamente, sob o título da extinção, as

5. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145 *et seq.*

6. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. v. III. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 127 *et seq.*

causas que considera específicas de terminação da vida do contrato, como a rescisão voluntária, a resolução por cláusula resolutiva, a exceção do contrato não cumprido e a resolução por onerosidade excessiva.

2. EXTINÇÃO NATURAL DO CONTRATO

A extinção *natural* ou *normal*, como preferem alguns autores, se dá pela execução do contrato na forma como foi pactuada; a prestação é realizada e o credor atesta o pagamento por meio da quitação regular, nos termos dos arts. 319 ao 326 do CC.

3. EXTINÇÃO POR CAUSAS ANTERIORES OU CONTEMPORÂNEAS À FORMAÇÃO DO CONTRATO

A declaração de nulidade de um contrato, o implemento de uma condição resolutiva ou o exercício do direito de arrependimento são considerados como causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato que podem acarretar na sua extinção.

3.1 Nulidade

A nulidade de um contrato é uma sanção imposta pela lei aos casos em que os pressupostos de validade do negócio jurídico não tenham sido observados. A *nulidade absoluta*, nos termos dos arts. 166 e 167 do CC, é a sanção para a transgressão de um preceito de ordem pública, logo o contrato não poderá ser confirmado nem convalidará pelo decurso do tempo, conforme dispõe o art. 169 do CC, e os efeitos da nulidade retroagem à data da celebração do contrato (*ex tunc*).

A *nulidade relativa*, por sua vez, disposta no art. 171 do CC, só pode ser pleiteada pela pessoa a quem a lei visa proteger, e seus efeitos subsistem até o instante da anulação; admite, ainda, confirmação e purifica-se com o decurso do tempo, nos termos dos arts. 172 a 174 do CC. Esta sanção reconhece que o contrato é defeituoso, mas o mesmo permanece eficaz enquanto não se mover a ação que decreta a sua nulidade.

A nulidade é uma causa patente de extinção dos contratos, mas a doutrina diverge quanto à anulabilidade. Maria Helena Diniz, por exemplo, entende que, por possuir efeitos *ex nunc*, a nulidade relativa não deve ser incluída entre os modos de dissolução do contrato⁸. Villaça, por sua vez, coloca a nulidade e a anulabilidade lado a lado, como causas de extinção dos contratos que já nascem

8. DINIZ, op. cit., p. 157.

maculados⁹. Para Venosa, tanto os casos de nulidade quanto os de anulabilidade são formas de desfazimento do vínculo que dizem respeito à extinção dos contratos que nascem com potencialidade de desfazimento¹⁰.

3.2 Condição resolutiva

A condição resolutiva pode ser tácita ou expressa. A *condição resolutiva tácita*, ou *cláusula resolutiva tácita*, como dispõe o CC no art. 474, está subentendida em todos os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, e autoriza o contraente, que se sentir lesado pelo não cumprimento da obrigação por parte do outro contraente, a *pedir rescisão contratual e indenização por perdas e danos*¹¹ – compreendendo-se neles o dano emergente e o lucro cessante –, caso não opte por exigir o cumprimento da obrigação. Isso se dá porque nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos há uma dependência recíproca de obrigações; cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, portanto, o não cumprimento da obrigação de uma das partes gera prejuízo à outra. Exemplo clássico é o contrato de compra e venda (art. 481 do CC)¹².

Apesar da *cláusula resolutiva* estar implícita em todos os contratos bilaterais, como dito acima, ela pode constar no contrato de forma *expressa*. A diferença entre ambas reside exatamente no momento da extinção do contrato; se o contraente quiser se valer da cláusula resolutiva tácita, terá de obtê-la pela *via judicial*, nos termos do art. 474 do CC, comprovando o inadimplemento do devedor. Por outro lado, se a cláusula constar no contrato de forma *expressa*, o mesmo pode ser extinto automaticamente, conforme estabelece o art. 474, primeira parte, sujeitando o inadimplente ao ressarcimento por perdas e danos.

Ressalte-se que a resolução do contrato tem de ser um fim razoável, logo o inadimplemento deve ser profundamente analisado caso a caso, para que a equidade contratual seja mantida; nesse sentido entendeu o STJ que “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do CC 475”¹³. Depreende-se, portanto, que se houve um adimplemento substancial

9. AZEVEDO, op. cit., p. 182 *et seq.*

10. VENOSA, op. cit., p. 508.

11. *Incidência das perdas e danos. Imputabilidade da causa*. “As perdas e danos mencionadas no CC 475 dependem da imputabilidade da causa da possível resolução”. BRASIL. Jornada I STJ. Enunciado n. 31. <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 3 maio 2012.

12. DINIZ, op. cit., p. 158-159.

13. *Adimplemento substancial*. BRASIL. Jornada IV STJ. Enunciado n. 361. <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2012.

ao contrato, ou seja, se ele se mostra próximo do adimplemento total, a medida a ser tomada em face do inadimplemento deve ser proporcional a este.

3.3 Direito de arrependimento

O direito de arrependimento autoriza a extinção, e pode ser previsto no contrato ou decorrente de lei.

Quando *previsto no corpo do contrato*, de forma expressa, estabelece que o mesmo poderá ser extinto mediante declaração unilateral de vontade, se qualquer uma das partes se arrepender de tê-lo celebrado, sob pena de pagar uma multa penitencial a título de compensação pecuniária a ser recebida pelo lesado, que não poderá opor-se frente ao arrependimento da parte contrária. O prazo para o exercício do direito de arrependimento, quando não for convencionado no contrato, deve ser anterior ao início da execução do contrato, já que o adimplemento ao contrato importará em renúncia tácita ao direito de arrependimento.

O direito de arrependimento poderá também *decorrer de lei*; além do estabelecido no art. 420 do CC, que será analisado abaixo, o art. 49 do CDC trata de um exemplo muito didático. Em se tratando de relação de consumo, o consumidor pode desistir do contrato dentro do prazo de sete dias, contados de sua assinatura ou do recebimento do produto ou do serviço, sempre que a contratação se der fora do estabelecimento comercial, e os valores pagos devem ser devolvidos com atualização monetária.

Quando, porém, o contrato for solene, ou seja, exigir forma estabelecida em lei, as partes podem se valer do direito de arrependimento antes da assinatura do mesmo, uma vez que estes contratos só se aperfeiçoam com a observância de todas as formalidades legais. Se a parte se valer do direito legal de arrepender-se, deve ressarcir o outro de todos os prejuízos causados pelo seu arrependimento; essa é a regra, mas é necessária atenção especial quando se verificar a existência de *arras*. Se se tratar de *arras penitenciais*, estipuladas no contrato para o caso de exercício do direito de arrependimento, por força do seu próprio fim, possuem, unicamente, função indenizatória; portanto, no caso do exercício deste direito, “quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente”, nos termos do art. 420 do CC. Não há que se falar, portanto, em indenização suplementar a título de perdas e danos em caso do exercício do direito de arrependimento quando este foi estabelecido no contrato, com a culminação das *arras penitenciais*, salvo os juros moratórios e os encargos do processo, conforme unificou a Súmula 412 do STF.

Por outro lado, quando se tratar de *arras confirmatórias*, conforme estabelece o art. 417 do CC, elas serão tomadas como indenização mínima em face do exercício do direito de arrependimento, quando os prejuízos causados com o fim

do contrato forem superiores ao seu valor. A doutrina diverge sobre o fim conceitual das arras confirmatórias; a parte mais contemporânea entende que elas possuem função de confirmar o contrato e que não autorizam o arrependimento¹⁴; outros entendem que sua função preponderante é exatamente a de estabelecer um critério indenizatório¹⁵; uma terceira linha, por fim, estabelece que elas possuem função tripla, de confirmar o contrato, de prefixação das perdas e danos e como princípio de pagamento, integrando o preço, quando forem do mesmo gênero da obrigação principal¹⁶. Independentemente da questão conceitual, conforme preconiza o art. 419 do CC, no caso de exercício do direito de arrependimento em que uma parte tiver dado a outra certa quantia em dinheiro ou bem móvel por “ocasião da conclusão do contrato”, ou seja, a título de arras confirmatórias, as mesmas deverão ser tomadas como valor mínimo da indenização, não como valor próprio da indenização, como no caso das arras penitenciais.

Por fim, quando as arras forem estabelecidas como penitenciais, mas acabarem representando o início do pagamento, ocasião em que se verifica uma contradição entre “firmeza e infirmeza do negócio”, as arras perdem a sua função inicial¹⁷.

4. EXTINÇÃO POR CAUSAS SUPERVENIENTES À FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

A extinção do contrato fundada em causas supervenientes a sua formação se localiza no campo da eficácia, não da validade do contrato, já que a relação original era válida. São as hipóteses de extinção por *inexecução voluntária* ou *involuntária do contrato*, por *onerosidade excessiva*, por *vontade de um ou de ambos contraentes* ou pela *morte* de um destes, nos contratos *intuitu personae*.

4.1 Resolução

A resolução é um dos meios de extinção do contrato por circunstâncias supervenientes à sua formação, podendo decorrer da *inexecução voluntária do contrato*; da *inexecução involuntária do contrato*, abrangendo o caso fortuito e a força maior; ou da *onerosidade excessiva*, conforme analisado a seguir.

Verifica-se que a resolução “é a declaração dirigida ao outro contratante, de que o contrato concluído com eficácia plena deve ser considerado como não

14. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 565.

15. ROCHA, José Dionízio. *Das arras ou sinal. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 539-562.

16. PELUSO, op. cit., p. 477.

17. MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 565.

concluído”¹⁸; caracteriza-se, portanto, como meio concedido pela lei aos contratantes, e também a terceiros, de poder extinguir o contrato para obter a reparação dos prejuízos que o outro contratante causou com o descumprimento, ainda que o contrato seja válido, o que se faz por meio da reposição das coisas ao estado anterior à celebração do contrato. A extinção gera efeitos retroativos, com a restituição do recebido e pagamento de perdas e danos¹⁹.

Pode-se verificar, entretanto, uma divergência terminológica, uma vez que há doutrinadores que dicotomizam o termo para analisar a resolução em sentido estrito e amplo; para estes, a *resolução em sentido amplo* “refere-se à espécie de extinção do vínculo obrigacional (contratual), que produz tanto efeito *ex tunc* (*resolução em sentido estrito*, ora abordada no presente item), quanto *ex nunc* (*resilição*)”²⁰.

4.1.1 Por inexecução voluntária do contrato

Para que um contrato possa ser extinto por inexecução voluntária de uma das partes, três elementos devem estar presentes; o inadimplemento do contrato por culpa de uma das partes, o dano causado à outra e o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e o prejuízo.

A primeira análise desse tipo de extinção do contrato, em que o mesmo não pode ser cumprido por culpa do devedor, é quanto aos *efeitos* dessa ocorrência. Nos contratos instantâneos, também chamados de contratos de execução única, os efeitos serão retroativos (*ex tunc*) e a prestação cumprida – ou as prestações cumpridas, em se tratando de execução diferida –, serão restituídas. Nos contratos de duração, também classificados como de execução continuada, os efeitos da extinção serão *ex nunc*, e as prestações efetivadas não serão restituídas. Entretanto, se se tratar de relação de consumo, as cláusulas que estabelecerem a perda total das prestações pagas em benefício do credor, que pleiteia a resolução por inadimplemento do consumidor e a retomada da coisa alienada, serão consideradas nulas, nos termos do art. 53 do CDC.

Com *relação a terceiros*, a doutrina diverge quanto à extensão dos efeitos do contrato. Maria Helena Diniz entende que a extinção atingirá os direitos creditórios de terceiros se estes forem adquiridos entre a conclusão e a resolução do contrato; nesse intervalo de tempo, portanto, um direito real adquirido por terceiro não poderá ser atingido pela resolução, e o credor poderá, apenas, reclamar

18. ENNECCERUS, Ludwig e LEHMANN, Heinrich.. *Recht der Schuldverhältnisse (Direito das Obrigações)*, in NERY Junior e NERY, op. cit., p. 515.

19. NERY Junior e NERY, op. cit., p. 514

indenização pelos danos sofridos²¹. Outros autores, com base no princípio de que ninguém pode transferir mais direitos do que os que têm, os efeitos da resolução deverão ser idênticos em relação às partes e a terceiros.

A parte lesada pelo inadimplemento culposo da obrigação, além da resolução do contrato, poderá requerer *indenização por perdas e danos*, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante. Se tiver sido estipulada cláusula penal para a hipótese de descumprimento da obrigação, esta se converterá em alternativa, a benefício do credor; entretanto, se tiver sido estipulada para o caso de mora, o credor terá direito de exigir a satisfação da pena cominada e o adimplemento da obrigação principal.

4.1.2 Por inexecução involuntária do contrato

Quando o contrato não puder ser cumprido por *impossibilidade superveniente, total, objetiva e definitiva*, opera-se a *resolução* sem ressarcimento das perdas e danos, independentemente de intervenção judicial. Trata-se da inexecução decorrente de *caso fortuito ou de força maior*; portanto, os efeitos independem da vontade do credor e não podem ser evitados por ele, razão pela qual não será responsabilizado pelos danos oriundos do evento, *a não ser que esteja em mora*.

Se o contrato for *unilateral*, o credor suportará os riscos, já que a satisfação da prestação será totalmente impossível. Se, por outro lado, o contrato for *bilateral*, tanto o devedor ficará exonerado da sua obrigação como o credor, embora a contraprestação deste possa ser satisfeita. Isso ocorre porque, com a extinção da obrigação de um, a contraprestação também não pode ser exigida.

Se a impossibilidade for *temporária*, como frequentemente ocorre nos contratos de execução continuada, a resolução não será imediata, haverá apenas a suspensão do contrato, a não ser que a impossibilidade persista por longo espaço de tempo e o credor se desinteresse da obrigação.

Se, por fim, a impossibilidade for *parcial*, a resolução não se imporá se o credor tiver interesse em que o contrato se execute, ainda que parcialmente.

4.1.3 Por onerosidade excessiva

A onerosidade excessiva, além de poder dar ensejo à revisão contratual, nos termos do art. 317 do CC, também pode ser causa de extinção nos contratos de execução continuada ou diferida, nos termos do art. 478 do CC, quando a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem

21. DINIZ, op. cit., p. 161/162.

para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. São, portanto, três os requisitos necessários para a sua ocorrência.

Essa limitação ao princípio da autonomia da vontade é possível pela observância da cláusula geral da função social do contrato, conforme dispõe o art. 421 do CC, e da cláusula geral da boa-fé objetiva, nos termos do art. 422 do CC; observa-se, outrossim, a aplicação do princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios e sacrifícios de cada contratante sejam proporcionais²². Esse princípio também está disposto no art. 157 do CC, do qual se depreende a preocupação do legislador com a proporção entre as prestações.

O primeiro requisito, para que se possa alegar onerosidade excessiva, nos termos do artigo *supra*, é se tratar de um contrato de *execução continuada* (diferida no tempo), como são os de arrendamento mercantil, de empreitada ou de promessa de compra e venda. Em todos estes casos citados as prestações a serem executadas são de prévio conhecimento das partes, portanto, não há que se falar em onerosidade excessiva nos contratos aleatórios, dispostos nos arts. 458 ao 461 do CC, pois desde o seu início há incerteza sobre as prestações ou a quantidade destas, e sobre quem esta álea recairá.

O segundo requisito é a *onerosidade excessiva* para uma das partes gerada pela superveniência de um acontecimento extraordinário. Ressalte-se que pequenas alterações fazem parte dos riscos das relações; para que uma onerosidade possa ser considerada para fins de extinção do contrato, deve levar um dos contratantes a um sacrifício extremo e acarretar enorme vantagem ao outro. Este ganho de um, inversamente proporcional à perda do outro, é um requisito que dificulta a aplicação do instituto.

Quando se tratar de relações de consumo, observa-se que o CDC, em seu art. 6º, V, adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico para a aplicação do presente instituto, segundo a qual não há exigência de que o evento causador do desequilíbrio seja extraordinário ou imprevisível, mas apenas superveniente; em outros termos, basta a verificação, por parte do magistrado, de que os fatores sociais e econômicos existentes ao tempo da contratação e indispensáveis à economia do negócio jurídico desapareceram. O artigo *supra*, entretanto, não menciona a possibilidade de extinção contratual com base na onerosidade excessiva, mas sim a “modificação das cláusulas” e a sua “revisão”, motivo pela qual há autores que entendem pela impossibilidade da aplicação deste instituto com o fim de extinção do contrato em sede de relação de consumo²³. Entretanto, há que

22. PELUSO, op. cit., p. 538.

23. NERY Junior e NERY, op. cit., p. 519.

se verificar que, embora não haja previsão expressa no CDC para a resolução, ela pode ser admitida com base no próprio Código Civil, uma vez que a aplicação de um Código não implica a exclusão do outro.

Por fim, o *acontecimento extraordinário* se impõe como terceiro requisito, e se verifica pela imprevisibilidade do ocorrido que gerou a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A teoria da imprevisão é de cunho subjetivo, pois depende da demonstração de que, ao tempo da celebração do contrato, não havia nenhuma possibilidade de se antever o evento extraordinário que acabou por ocorrer e levou uma das partes à onerosidade excessiva, frustrando a expectativa de êxito contratual.

Quanto aos efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato com base na onerosidade excessiva, eles *retroagirão à data da citação*, nos termos do art. 478 do CC. A retroatividade até a citação e não até a data da celebração do contrato se dá por dois motivos; por primeiro porque, como não houve motivação para o desfazimento, não há necessidade de que os efeitos alcancem as finalidades comuns obtidas na época em que a onerosidade excessiva não havia se manifestado. Outro motivo está ligado à necessidade de se ingressar com a ação para requerer a resolução do contrato; há o ônus do interessado em promover a demanda, pois enquanto não o fizer, ainda que a onerosidade excessiva já possa ser verificada pela parte, esse período de inércia não será alcançado pelos efeitos da sentença desconstitutiva.

Ressalte-se, por fim, que a resolução do contrato não apenas poderá ser evitada, nos termos dos arts. 479 e 480 do CC, como deverá ser evitada, conforme entendimento do STJ, que buscou o princípio da conservação dos negócios jurídicos para afirmar que o art. 478 do CC deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não a sua resolução²⁴. Nesse sentido, a resolução poderá ser evitada caso o réu se ofereça para modificar equitativamente as condições do contrato; ou, nos contratos em que as obrigações couberem a apenas uma das partes, se esta pleitear a redução da prestação ou a alteração no seu modo de execução, para que a onerosidade excessiva seja evitada, nos termos dos artigos mencionados.

4.2 Resilição

Resilição é um modo de extinção dos contratos por meio de declaração de uma ou ambas as partes, conforme disposto a seguir.

24. BRASIL. Jornada III STJ. Enunciado n. 176. <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 3 maio 2012.

4.2.1 Bilateral (distrato)

O *distrato*, conforme dispõe o art. 472 do CC, é um negócio jurídico bilateral que se destina à extinção de um contrato, motivo pelo qual é classificado, por muitos autores, como *resilição bilateral*. Para tanto, as partes devem atentar à mesma forma exigida para o contrato; portanto, se o contrato foi celebrado por instrumento público, esta tem de ser a forma para o distrato, sob pena de invalidade, conforme estabelece o art. 166, IV, do CC. Verifica-se, ainda, a possibilidade das partes inserirem uma cláusula penal no distrato.

4.2.2 Unilateral

A resilição unilateral é a declaração de vontade de apenas uma das partes com objetivo de extinguir direito ou relação jurídica, tornando-a sem efeito (*ex nunc*); pode ocorrer nos casos permitidos em lei, expressa ou implicitamente, ou por convenção das partes, e opera-se mediante *denúncia* notificada à outra parte.

Em que pese da leitura do art. 473 do CC depreenda-se que a resilição unilateral se opera mediante denúncia, Nery classifica a denúncia e a revogação como espécies de resilição; entretanto, ao explicar o termo revogação, o descreve como resilição unilateral²⁵.

Nos termos do parágrafo único do art. 473 do CC, se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito, e primando-se pela observância dos princípios contratuais.

4.3 Morte de um dos contraentes

Em regra, a morte de uma das partes do contrato não o extinguirá, uma vez que as obrigações contratuais se transmitirão aos herdeiros do falecido; entretanto, quando se tratar de um contrato *intuitu personae*, no qual as qualidades pessoais de uma das partes consistem no motivo determinante para a celebração do mesmo, ocorrerá a extinção do contrato, mas seus efeitos operam-se *ex nunc*, subsistindo as prestações que tiverem sido cumpridas²⁶.

5. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

O art. 476 do CC estabelece que, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do

25. NERY Junior e NERY, op. cit., p. 514.

26. DINIZ, op. cit., p. 169-170.

outro. A *exceptio non adimpleti contractus*, portanto, pode ser arguida por uma das partes de um contrato bilateral quando a outra reclamar o cumprimento da sua prestação sem estar disposta a executar a sua própria.

O contrato de compra e venda e o de locação são exemplos de contratos bilaterais, pois neles ambas as partes têm direitos e obrigações recíprocas. Os contratos unilaterais, por sua vez, são aqueles em que uma parte assume obrigação perante o outra, como no caso da doação e do comodato, mas também nestes casos pode-se aplicar a exceção do presente artigo quando houver um *encargo*, pois ele transforma o contrato unilateral em bilateral, já que ambos terão de realizar uma obrigação. Entretanto, a exceção não poderá ser aplicada nos contratos bilaterais com prazos distintos para o cumprimento das obrigações, como ressalva, por exemplo, o art. 491 do CC.

A *exceção do contrato não cumprido* se funda na equidade, na boa-fé objetiva e na segurança jurídica; ela garante o respeito necessário à obrigação assumida e não se confunde como forma de extinção dos contratos. Segundo Pontes de Miranda, o objetivo da *exceção* é suspender o adimplemento, ou seja, autorizar o devedor a não adimplir²⁷. Exatamente por ter este fim assecuratório da relação, também se mostra como pressão para compelir o devedor a executar a sua obrigação, frente a um *descumprimento temporário*, e serve, ainda, como garantia diante das consequências de uma possível inexecução definitiva²⁸. Por esses motivos, constatando-se que a parte contrária não executará a sua obrigação, o contratante lesado deve pleitear a *resolução* contratual pelo inadimplemento, nos termos do art. 475 do CC.

Em que pese a distinção entre a *exceção do contrato não cumprido* e a *extinção do contrato* seja patente, vez que visam fins distintos, o legislador gera outra confusão ao incluí-la dentro do capítulo relativo à extinção; por este motivo, muitos autores não abordam essa matéria quando do estudo da extinção.

Ademais, a *exceptio* produz efeitos com relação a terceiros, alcançando todos que figurem como substituto das partes, como cessionário e credores. Isso se dá justamente pelo fim do instituto, que não seria observado caso se excluíssem da sua aplicação os terceiros que participam dessa relação.

Assim como foi explicada a necessidade de se observarem os princípios contratuais para a extinção do contrato frente a um inadimplemento, quando da análise do art. 475 do CC, os limites do exercício da *exceção* também têm sido muito discutidos, inclusive em sede constitucional. Com efeito, tem de haver uma

27. MIRANDA, Pontes de. *Tratado*, v. XXV, § 3091, 1, p. 325 in NERY Junior e NERY, op. cit., p. 332.

28. NERY Junior e NERY, op. cit., p. 536.

proporcionalidade entre a inexecução de uma parte e o exercício da *exceptio* pela outra; o abuso de direito configurará ato ilícito, nos termos do art. 187 do CC, quando a parte se recusar a cumprir a sua obrigação frente a um ligeiro descumprimento. O liame parece tênue, mas basta que se analise a razoabilidade da aplicação da *exceção* caso a caso, tendo em mente a importância econômica da inexecução dentro do caso que se analisa. Não se mostra razoável, por exemplo, a recusa total ao pagamento frente à não entrega de dois, no total de dez bens avançados. A razoabilidade vai estar presente se o lesado pagar proporcionalmente, dentro do que foi entregue, e não se recusar ao pagamento total baseando-se na *exceptio*, pois seria desproporcional e injusto, do ponto de vista contratual. Conclui-se, portanto, que a saída para a *exceptio non rite adimpleti contractus*, quando se tratar de um inadimplemento parcial, é a adequação entre o que foi cumprido e o que pode ser exigido.

A *exceptio* constitui uma das espécies de fato impeditivo do direito do autor, que pode ser arguido como preliminar de mérito em sede de contestação, conforme art. 326 do CPC, e seu acolhimento extingue o processo sem julgamento de mérito por ausência de interesse processual, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Por fim, verifica-se que pode haver a renúncia antecipada ao exercício da *exceptio*; a cláusula *solve et repete* pode ser incluída nos contratos paritários, mas nunca nos de adesão, por expressa vedação do art. 424 do CC.

Espera-se que este artigo venha elucidar questão tratada no Código Civil dos arts. 472 a 480 e tão pouco explorada pela doutrina pátria.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOLONHINI JUNIOR, Roberto e FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo, Rideel, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Código Civil comentado*. São Paulo, Rideel, 2013.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: contratos – teoria geral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2010.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 13. ed. rev. e atual. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROCHA, José Dionízio. *Das arras ou sinal. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. atual. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos*. 3. ed. v. II. São Paulo: Atlas, 2003.
- WALD, Arnold. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

Sites consultados:

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos*. Capturado em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5890>. Acesso em: 9 maio 2012.
- BRASIL. Jornada I STJ. Enunciado n. 31. <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 3 maio 2012.
- BRASIL. Jornada IV STJ. Enunciado n. 361. <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2012.
- BRASIL. Jornada III STJ. Enunciado n. 176. <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 3 maio 2012.

"Colaborando na divulgação de temas jurídicos atuais, prosseguimos na publicação do periódico *Atualidades Jurídicas*, estabelecendo, na medida do possível, ante o processo de globalização sempre crescente, o intercâmbio cultural entre juristas nacionais e estrangeiros, criando um fórum de debates conducente a uma significativa tomada de consciência quanto às questões polêmicas que vão surgindo no século XXI e que requerem reflexões científico-jurídicas, que constituem o traço marcante dos autênticos pensadores.

Para tanto, contamos não só com a preciosa e inestimável colaboração de luminares das letras jurídicas, que, gentilmente, apresentaram, a nosso pedido, seus estudos voltados aos mais variados ramos do direito, mas também com o apoio cultural da Editora Saraiva e do Instituto Internacional de Direito.

É com muita honra e com indisfarçável orgulho que apresentamos a obra *Atualidades Jurídicas* n. 7 ao grande público, com a certeza de sua continuidade para o estímulo da pesquisa científica, dirigida aos problemas do direito, e para o aprimoramento do saber jurídico."

Trechos da *Apresentação*, de Maria Helena Diniz

ISBN 978-85-02-21016-5



9 788502 210165

Indicado para:

Profissionais

Pós-graduação

SAC

0800-0117875

De 2ª a 6ª, das 8h30 às 19h30

www.editorasaraiva.com.br/contato