

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
TATIANA MARCELO LEAL DA SILVA

**CONTRATO EMPRESARIAL BILATERAL
E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

UNITAU – Departamento de Ciências Jurídicas
2020

TATIANA MARCELO LEAL DA SILVA

**CONTRATO EMPRESARIAL BILATERAL
E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

Trabalho de Graduação, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para a conclusão do curso de Direito.

Orientador: Prof.^a Me.^a Lucia Helena Cesar

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

S586c Silva, Tatiana Marcelo Leal da
Contrato empresarial bilateral e o princípio da boa-fé objetiva /
Tatiana Marcelo Leal da Silva -- 2020.
62 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2020.

Orientação: Profa. Ma. Lucia Helena Cesar, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Contrato bilateral. 2. Boa-fé (Direito). 3. Brasil. [Código civil
(2002)]. 4. Empresários. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347.44(81)

AUTOR: TATIANA MARCELO LEAL DA SILVA
TÍTULO: CONTRATO EMPRESARIAL BILATERAL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Área de concentração: Direito Civil.

Data: _____

Resultado _____

BANCA EXAMINADORA

Universidade de Taubaté

Prof. Dr. _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Assinatura _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família em especial a minha filha Maria Eduarda que sempre esteve ao meu lado, e a meu esposo Isaías Júnior que foi o primeiro a acreditar em minha capacidade intelectual e acadêmica, tornando-se meu maior incentivador nessa jornada de estudo pela graduação no Direito.

Dedico também, a minha avó Bárbara Maria Baptista, que com toda simplicidade e imensa sabedoria teve grande influência no desenvolvimento de meu caráter, como mãe, esposa e pessoa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por estar comigo em todos os momentos da minha vida.

Agradeço a brilhante professora e minha orientadora Lúcia Helena César, que contribuiu efetivamente com seu vasto conhecimento jurídico e excepcional domínio gramatical da língua portuguesa para que eu lograsse êxito na finalização deste trabalho.

E agradeço também, a todos os professores que ministraram as aulas no decorrer do curso de Direito pela Universidade de Taubaté, certa de que todos sem exceção foram cruciais para minha formação.

“O grande segredo de uma boa vida é encontrar qual é o seu destino. E realizá-lo.”

Henry Ford

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar e classificar todas as fases de formação de um contrato bilateral firmado entre empresas privadas no ramo empresarial, bem como a constância e desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva presumida pelo ordenamento jurídico civil nacional. Analisou-se conjuntamente, se a consequente quebra da boa-fé por uma das partes contraentes é suprida e penalizada devidamente pelo sistema judiciário brasileiro.

Os materiais utilizados para desenvolver este trabalho foram bibliografias de autores na área de Direito Civil e Processual Civil, Constituição federal, leis federais como Código Civil e Código de Processo Civil, bem como site com decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Os resultados foram satisfatórios em relação ao objetivo, pois concluiu-se que não somente o poder judiciário exerce com eficiência seu papel em exigir o comportamento probó das partes atinente a relação jurídica estabelecida entre elas, como também exige a mesma conduta no decorrer do processo quando a controvérsia é demandada em juízo.

Palavras chave: Bilateral. Boa-fé. Código Civil. Contrato. Empresário.

ABSTRACT

This work aims to analyze and classify all phases of the formation of a bilateral contract signed between private companies in the business sector, as well as the constancy and development of the principle of objective good faith assumed by the national civil legal system. It was analyzed jointly, whether the consequent breach of good faith by one of the contracting parties is adequately supplied and penalized by the Brazilian judicial system.

The materials used to develop this work were bibliographies by authors in the area of Civil Law and Civil Procedure, Federal Constitution, federal laws such as Civil Code and Civil Procedure Code, as well as a website with decisions of the Superior Court of Justice.

The results were satisfactory in relation to the objective, as it was concluded that not only does the judiciary efficiently exercise its role in demanding the probable behavior of the parties regarding the legal relationship established between them, but it also requires the same conduct during the process when the controversy is demanded in court.

Keywords: Bilateral. Good faith. Civil Code. Contract. Businessman.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEITO	12
3 FATOR HISTÓRICO DOS CONTRATOS	14
4 CONTRATOS EM ESPÉCIE	16
4.1 Contrato bilateral.....	16
4.2 Contrato oneroso	17
4.3 Contrato empresarial.....	17
5 PRINCÍPIO DA BOA- FÉ E DA PROBIDADE	18
5.1 Boa-fé objetiva	19
5.2 Boa-fé subjetiva	20
6 FORMAÇÃO DO CONTRATO	22
6.1 Manifestação da vontade	23
6.2 Negociações Preliminares	25
6.3 Proposta.....	27
6.4 Cláusulas contratuais.....	29
6.5 Cláusula Resolutiva	31
6.6 Aceitação	34
6.7 Conclusão do contrato	36
7. EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL NA PRÁTICA	38
7.1 Exceção do contrato não cumprido.....	39
7.2 Resolução do contrato por onerosidade excessiva.....	42
8 PRETENSÃO EM JUÍZO NO CASO DE DIVERGÊNCIA CONTRATUAL ...	43
8.1 Mora dos contraentes	44
8.2 Perdas e danos indenizáveis	46
8.3 Cláusula penal	47
8.4 Litigância de má-fé no processo em detrimento à boa-fé objetiva presumida na relação contratual.....	49
8.4.1 Estudo do instituto (litigância de má-fé) sob a ótica do Código de Processo Civil	50
8.4.2 Explanção de caso concreto perante a litigância de má-fé e inobservância a boa-fé contratual	51
8.4.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça frente a condenação pela litigância de má-fé em contrapartida ao princípio da boa-fé objetiva	53

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar do ponto de vista jurídico teórico os contratos celebrados entre particulares dotados de personalidade jurídica, e tão somente aqueles que são por acordos bilaterais.

Não irá abordar contratos unilaterais de adesão geralmente usados por empresas de telefonia e por sites de internet, ou seja, aqueles que são aderidos ou não por uma das partes, visto que uma não participa da sua elaboração.

Outrossim, desde os primórdios da sociedade até os tempos atuais, principalmente em países que aderem o sistema capitalista os empresários são de enorme relevância para a economia local, eles são os protagonistas pela “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (art. 966, CC).

O que se pretende é esmiuçar, averiguar e comparar contratos bilaterais celebrados no ambiente corporativo, os que são concebidos em mútuo acordo das partes contraentes (empresas). Sendo esses ainda, consoantes ao princípio da boa-fé, um princípio basilar no mundo dos contratos e regente no ordenamento jurídico em que se pauta para a elaboração de um contrato.

A importância em estudar esse tema está no fato de tentar dirimir as situações recorrentes de divergências contratuais, face contrária ao princípio da boa-fé.

No tangente ao princípio da boa-fé, este subdivide-se em boa-fé objetiva, sendo essa presumida em concordância ao Código Civil, e boa-fé subjetiva, já essa calcada em íntimo acordo e vontade entre as partes.

Ademais, se por um lado a boa-fé objetiva é presumida, a subjetiva é relativa, pois principalmente em contratos continuados ou de trato sucessivo a interferência fática, pode mudar o “*animus*”¹ dos agentes contratantes, e muitas vezes a intenção dos que antes estavam em mútuo acordo.

Portanto, eis a problemática geral do tema, até onde vai a boa-fé das partes contratuais ante uma situação de conflito, partes que geralmente são treinadas e profissionalizadas para agirem sem interesse pessoal ou próprio,

¹ *Animus*, palavra em latim que significa em português: espírito, alma, vontade, desejo, ânimo, pensamento. (ANIMUS, 2007-2009, não paginado)

deixam levar-se por emoções até mesmo primitivas, o que remete para outra problemática específica, a judicialização, ou seja, a procura do Poder Judiciário para sanar questões divergentes pertinentes ao contrato celebrado.

No momento em que as partes contratantes se desviam do brocardo latino que é um princípio base na relação dos contratos "*Pacta sunt servanda*"², há intervenção de um terceiro, um representante do Estado irá intervir nas questões particulares, para sanar a divergência.

Por fim, a grande questão que se deve somar-se a justificativa do tema em tela é descobrir se o judiciário irá sanar as questões divergentes entre as partes contraentes no percurso da relação estabelecida inicialmente entre elas.

2 CONCEITO

O tema escolhido faz-se presente diariamente na vida do empresário atual, diante de uma problemática que visa sanar com as duplas ou até mesmo por vezes múltiplas interpretações ante uma situação inusitada ao descrito no contrato celebrado, por isso faz-se de grande relevância destrinchar o tema partindo-se da premissa básica que é a conceituação.

Para conceituar contrato existem dois elementos essenciais que sempre terão de estarem presentes, primeiro, o acordo de vontade entre as partes, e segundo a conformidade com a lei.

A finalidade do contrato será a de adquirir, resguardar, transferir conservar, modificar ou até mesmo extinguir direitos. E seu efeito calca-se na criação de direitos e de obrigações. (GONÇALVES, 2009, p.2)

Para a professora Maria Helena Diniz, contrato nada mais é que:

O acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (2009, p.19).

No que concerne ao dicionário português, contrato "é um acordo entre duas ou mais pessoas, empresas que entre si transferem direito ou se sujeitam a uma obrigação" (Mini Aurélio, 2012, p. 197).

² *Pacta sunt servanda*, é uma expressão em latim que significa em português: "pactos devem ser respeitados" ou "acordos devem ser mantidos" (SIGNIFICADO DE PACTA SUNT SERVANDA, 2018, não paginado)

Portanto, pode-se definir que para haver a celebração de um contrato são necessários alguns requisitos, que se encontram presentes no artigo 104, incisos I, II, III, do Código Civil de 2002, dentre os quais subjetivos, objetivos e formais, que serão observados abaixo.

Os requisitos subjetivos compõem-se pela existência de duas ou mais pessoas, plena capacidade para praticar os atos da vida civil, legitimidade para contratar, ou seja, aptidão específica para contratar, e por último, porém não com menos relevância, o consentimento das partes contratantes (DINIZ, 2009, p. 19).

Também são necessários os requisitos objetivos, tais quais: licitude do objeto do contrato, que tal objeto seja possível, ou seja, não há de ser um objeto impossível, pode-se citar aqui como exemplo em um contrato que visa negociar a compra da lua, e que este objeto seja determinado ou determinável (DINIZ, 2012, p. 19).

Tem-se ainda os requisitos formais, estes atem-se pela forma prescrita ou não defesa em lei, nesse sentido sua forma será conforme estabelece a lei, ou de modo que ela não proíba (GONÇALVES, 2009, p. 18).

Ademais, outro conceito atinente do trabalho se faz em relação a palavra **bilateralidade**, que segundo o dicionário português é “que tem dois lados, que afeta os dois lados” (BILATERAL- Dicio, Dicionário online de português, 2019, não paginado).

Portanto, o que se dará por objeto do trabalho será o contrato em que ambas partes participaram da fase pré-contratual, os bilaterais e não os contratos que são aderidos por uma parte e projetados por outra. O trabalho prevê a mútua participação das partes contratantes.

Faz-se mister ainda, conceituar o **princípio da boa-fé**, pois é outro objeto que estará em foco no estudo do tema em conjunto com os anteriores citados acima.

O princípio da boa-fé está previsto no artigo 422 do Código Civil, o qual menciona:

Artigo 422. Os contratantes são obrigados guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Ainda em relação ao princípio da boa-fé Maria Helena Diniz assevera:

Segundo esse princípio, na interpretação do contrato, é preciso ater-se mais a intenção do que o sentido literal da linguagem,

e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contrato. Daí está ligado ao princípio da probidade (2009, p. 35).

Portanto, ao que se nota é o dever das partes em promover a confiança entre si, sendo a interação de agir retamente, corretamente, sem desvios, sem má-fé, pois essa se configura como sendo ao contrário do que é reto, direito, honesto, honroso, digno.

3 FATOR HISTÓRICO DOS CONTRATOS

Relevante descrever também o fator histórico, porém ater-se-á nesse sentido, até mesmo por questão de síntese lógica somente a historicidade referente aos contratos.

Na doutrina pátria e internacional, é descrito que a origem dos contratos escritos foi na Mesopotâmia, cerca de quatro mil anos atrás.

Nessa época, durante a codificação das leis foram gravadas em pedras a regulamentação de alguns contratos. Neste sentido, como modelo exemplificativo pode-se citar o parágrafo 268 do Código Hamurabi onde estabelecia que “se um homem alugou um boi para semear o grão, seu aluguel será de dois sutu de cevada”. (CÓDIGO de Hamurabi-Polícia Militar [18-?], p.22)

No que concerne o Direito Romano, contrato juntamente com o pacto eram espécies dos quais a convenção era gênero. Nessa época o acordo de vontades representava, uma garantia para os burgueses e proprietários de terras e riquezas. (GONÇALVES, 2009, p.3)

Sendo o contrato no Direito Romano, visto como instrumento para criar obrigações e não para modificá-las ou extingui-la.

Por conseguinte, e sucessivamente os contratos do Direito Romano, Canônico e Germânico, remeteram forte influência no Direito Medieval, onde apresentavam parte de seu formalismo.

Porém, com o crescimento da economia mercantil esse formalismo contratual passou a ser um entrave para as contratações, que pretendiam ser cada vez mais rápidas.

Tornou-se, então comum no instrumento contratual, constar que as fórmulas foram cumpridas, mesmo que, na prática, não fossem realizadas. Além disso, era também comum, ao se celebrar um contrato, fazer um juramento com motivos religiosos para dar força àquele contrato. (SIGABINAZZE, 2016, não paginado)

Outro ponto interessante no Direito Medieval e importante citar, é que tinha a mentira como pecado, isso exclusivamente por influência do Direito Canônico.

Ocorre que, o descumprimento contratual era visto como pecado, portanto consequentemente o indivíduo que o descumpriu como condenado.

Neste sentido, acreditava-se, que se o contrato fosse celebrado de forma livre e espontânea, não haveria motivo para descumpri-lo. (ALMEIDA, 2012, não paginado)

Diante deste cenário histórico, nota-se que mesmo após a desvinculação das correntes religiosas pela laicidade do Estado, ainda existe um resquício de influência da religião na formação dos contratos, e consequentemente da boa-fé. Pois, se um contrato é celebrado livremente e sem vícios, não há porque agir de má-fé no decorrer de sua execução, sendo que se aparecer, será punida, seja por multa, ou por obrigação de fazer, assim como era o condenado que descumpria tal contrato na época Medieval.

Atualmente, a parte que desviar da retidão elencada na forma de conduta pautada nas cláusulas contratuais remeterá a força do Estado Juiz para garantir o cumprimento ou aplicar as consequências no caso de inadimplemento.

Como garantir que seja mantida a boa-fé contratual iniciada com o nascimento do contrato, sem que necessariamente tenha que recorrer a essa terceira força para garantir-lhe tal obrigação? É uma pergunta que tentar-se-á responder no desenvolvimento do trabalho.

No sentido de que, sendo um dos requisitos contratuais a autonomia da vontade, e essa tratada como conceito ético, será a chave para discernir a moralidade das condutas, pois todos são livres para escolher com quem contratar. (COELHO, 2005, p. 6)

4 CONTRATOS EM ESPÉCIE

Como mencionado anteriormente, este trabalho restringe-se em analisar uma espécie específica de contrato, dos quais são os contratos empresariais, celebrados exclusivamente por pessoas jurídicas de direito privado.

Outrossim, outro ponto de análise será a bilateralidade que se consolida quando ambas partes contraentes têm participação em sua elaboração e negociação, e por conseguinte, a onerosidade, ou seja, existe especificamente a troca de serviços e/ou produtos por pecúnia.

4.1 Contrato bilateral

Primeiramente elencar-se-á a espécie de contrato bilateral, nas palavras de Gagliano, “no contrato bilateral tem-se a produção simultânea de prestações para todos os contratantes, existe uma dependência recíproca de obrigações” (GAGLIANO, 2018, p. 148).

Uma característica marcante do contrato bilateral é que neles é aplicado a *exceptio non adimpleti contractus*³, consistente em que nenhum dos contratantes pode exigir o cumprimento da obrigação do outro, se sua própria não estiver cumprida de acordo com o contratado.

Ademais, no tangente ainda às características dessa espécie contratual, resistente elencar que, somente nos contratos bilaterais é aplicável a teoria da condição resolutiva tácita.

A teoria da condição resolutiva tácita pressupõe, que o descumprimento culposo por uma das partes constitui justa causa para a resolução do contrato, vez que, não haveria razão pelo tal cumprimento já que a primeira prestação obrigatória não fora cumprida.

Ainda no tocante a bilateralidade dos contratos pode-se citar que são os únicos em que é possível aplicar o instituto dos vícios redibitórios, ou seja, defeitos ocultos na coisa que a tornem imprópria para o uso que se destinem, ou ainda lhe diminuam seu valor, característica que vem disciplinada no artigo 441 do Código Civil de 2002. (GAGLIANO, 2018, p. 150)

³ *exceptio non adimpleti contractus* ou exceção do contrato não cumprido, disciplinada pelos artigos 476 e 477 do código civil de 2002 se refere à possibilidade de o devedor escusar-se da prestação da obrigação contratual, por não ter o outro contratante cumprido com aquilo que lhe competia.

4.2 Contrato oneroso

Relativamente, tratar-se-á nesse contexto de contrato oneroso, onde haverá a troca de serviços e/ou produtos por pecúnia, neles as partes estabelecem uma relação contratual que haverá deveres e benefícios, com a finalidade de obter os proveitos almejados pela composição da relação contratual.

Gagliano define contrato oneroso “quando um benefício recebido corresponder a um sacrifício patrimonial”. (2018, p. 150)

Diferentemente dos contratos gratuitos onde a carga da obrigação estabelece-se somente para um lado, no contrato oneroso existe uma relação de equilíbrio por assim dizer, visto que ambas partes suportam o peso das responsabilidades para com as obrigações estabelecidas anteriormente, mas também almejam benefícios para com o qual pactuaram.

4.3 Contrato empresarial

Haja visto que, no concernente as relações aqui elencadas suportarão somente aquelas em que figurem como partes contratantes as pessoas jurídicas de direito privado, nos quais os moldes de contratos estabelecem-se mediante alguns requisitos peculiares desse modelo de contrato.

No Código Civil de 2002, houve uma unificação do direito das obrigações entre contratos empresariais e contratos ordinários, porém de forma parcial, pois o modelo de contrato empresarial manteve algumas características relativas somente a ele.

Waldírio Bulgarelli afirma que a “unificação das normas de direito comercial às de direito civil numa disciplina privatista geral, quer especificamente no campo das obrigações, quer de maneira geral, abrangendo toda a matéria, não apaga a profunda distinção existente entre essas normas, umas dizendo respeito e se destinando a regular as atividades das pessoas e dos bens e suas relações envolvendo família e sucessões e outra referindo às atividades da produção e circulação de riquezas” (BULGARELLI, 2001, Apud, RIBEIRO, 2018, não paginado).

Ressalta-se ainda, referente aos modelos empresariais que:

Nesta categoria de contrato, mais do que em qualquer outra, há uma maior sujeição aos usos e costumes e a característica da informalidade e da atipicidade em seus pactos, fruto ou da utilização imemorial de suas práticas ou da engenhosidade e dinamicidade da atividade empresarial que conduz o agente econômico à criação e ao aperfeiçoamento de modelos contratuais que sejam adaptáveis às suas necessidades negociais. (RIBEIRO, 2018, não paginado)

Portanto, veja-se peculiaridade que prevalece nesse molde de contratos também se tange pela execução continuada e o elemento essencial do risco do negócio. (RIBEIRO, 2018, não paginado)

Importante destacar que a existência do risco não é surpresa no mundo dos negócios, desde que propriamente o conceito de empresário já traz em sua essência assumir os riscos da atividade fim. Porém há um outro elemento a ser estudado adiante que pode influir drasticamente na execução e efetivação dos contratos empresariais, tal qual o princípio da boa-fé.

5 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA PROBIDADE

O princípio da boa-fé vem estancado no artigo 422 do Código Civil, e prevê que as partes devem guardar e agir com boa-fé e probidade, mais que simplesmente agir de boa-fé esse princípio assegura o acolhimento do que é lícito e repulsa tudo que é ilícito.

Para o professor Álvaro Azevedo “a contratação da boa-fé, é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos”. (AZEVEDO, 2019, p. 29)

Nesta mesma ótica, numa visão mais abrangente, ressalta o professor:

Os sistemas jurídicos são elaborados observando normas do Direito Consuetudinário⁴ pautadas, principalmente, no Direito Natural em que duas colunas existem: a da boa-fé sempre triunfante, que deve estar sempre de pé, e a da má-fé que deve permanecer em ruínas. (AZEVEDO, 2019, p. 31)

O princípio da boa-fé guarda relação íntima com o princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, sendo assim o juiz ao julgar uma demanda deve presumir que a relação seguiu o princípio da boa-fé, e deveras a má-fé terá de ser provada. (GONÇALVES, 2019, p. 53)

⁴ Direito Consuetudinário, é o Direito não escrito, fundamentado no uso, no costume, ou na prática. (JURÍDICO- DICIO, Dicionário Online de Português, 2018, não paginado)

A probidade também prevista no artigo 422 do Código Civil, nada mais é, nas palavras de Carlos Alberto Gonçalves, que:

Um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida, como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la teve o legislador, mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que estabelecer um novo conceito. (GONÇALVES, 2019, p. 54)

Portanto, após expresso os institutos da boa-fé e probidade em sentido amplo, faz-se necessário individualizar a boa-fé objetiva da subjetiva, o que seguir-se-á adiante.

5.1 Boa-fé objetiva

Na relação contratual, a boa-fé objetiva faz-se como sinônimo da lealdade, honestidade e segurança.

Os contratantes devem guardá-la em todas as etapas do contrato, desde sua formação, passando pela celebração, execução, até sua extinção; quiçá até mesmo após está última.

É bem verdade que, os contratantes devem manter o espírito de lealdade, deixando claro todas as situações atinentes a contratação e execução e esclarecendo todas as dúvidas, sem deixar margem à obscuridade.

Desde logo, o equilíbrio das prestações e a exposição de informações, devem ser primordiais para manter a boa relação contratual.

A elucidação de todas as cláusulas contratuais devem se fazer mister nessa relação, a fim de evitar eventuais interpretações divergentes, bem como deve-se evitar as chamadas cláusulas leoninas⁵, só em favor de um dos contratantes.

Cumprido observar que, cumprindo as partes os moldes pactuados e mantendo o objetivo para qual o contrato teve o fim convencionado, não haverá razão para descontentamento das partes contraentes.

⁵ **Cláusula leonina**, conhecida também como cláusula exorbitante é caracterizada por ferir ou lesar os direitos de uma das partes da relação, favorecendo ou gerando grandes benefícios a outra parte. (CLÁUSULA LEONINA, 2020, não paginado)

Outrossim, a extinção seguirá o mesmo ânimo de probidade e lealdade que foi o da celebração, formação e execução, a fim de que se mantenha o equilíbrio da relação não restando resíduos para configuração de enriquecimento sem causa.

Por sua vez, após a extinção contratual não sobre menor holofote que as outras fases, deve guardar deveres a serem respeitados pelos contraentes, tais quais, o dever de não divulgar informações sigilosas de que tomem conhecimento, segredos profissionais, entre outros.

Por conseguinte, qualquer informação divulgada após o encerramento contratual por uma das partes pode acarretar prejuízos imensuráveis à outra esfera dessa relação. (AZEVEDO, 2019, p. 29)

Evidente observar também, que o artigo 422 do Código Civil, se perfaz por ser uma norma legal aberta, tendo base no princípio ético de lealdade e honestidade, portanto quando violado, caberá ao juiz, se este for invocado, estabelecer a conduta tal qual deveria ter sido adotada pelo contraente naquela ocasião específica.

Ademais, adotando o juiz essa prática, não deverá esquecer-se claramente dos usos e costumes para levar-se em conta a apuração de tal conduta. (GONÇALVES, 2019, p. 57)

Oportuno lembrar que, o referido artigo 422, tem aplicação para ambos os contratantes não podendo ser aplicado apenas para um, visto que todos da relação devem agir com probidade. (LÔBO, 2017, p. 70)

Desta feita, faz-se necessário elencar no presente estudo a boa-fé subjetiva, vez que essa se faz com relação ao sujeito da relação contratual, em suma, procede de forma a explicá-la.

5.2 Boa-fé subjetiva

Primeiramente, é importante assinalar que a boa-fé subjetiva se relaciona com a conduta de maneira comportamental ou psicológica, o sujeito da relação acredita estar agindo direito, com retidão e probidade, ele acredita estar sendo correto em suas aplicações e obrigações contratuais.

Neste sentido aduz Judith Martins Costa, sobre a boa-fé subjetiva:

A expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao

direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se subjetiva, justamente porque para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. (COSTA, p.411, Apud, GONÇALVES, 2019, p. 55)

Em suma, pode-se elencar que a boa-fé subjetiva classifica-se como regra de conduta e de comportamento.

Evidente que, por vezes a parte contraente tem em sua mente a mais convicta realidade de que está por agir de maneira correta, interpretando a cláusula de maneira que a favoreça, e em seu íntimo age como se tivesse certeza de que aquilo que realizou está de acordo com os moldes do descrito no contrato.

Este comportamento poderá supostamente dar lugar a uma terceira pessoa a adentrar na relação, para o fim de estabelecer parâmetros com os quais aquela ou a outra parte deviam agir na relação.

Por vistas, a pessoa do juiz representando o Estado, não consegue usar a interpretação subjetiva daquele sujeito na relação; a fim de decidir o comportamento que deveria ter sido adotado na ocasião. Pois, se o fizer corre o risco da perda da imparcialidade na decisão.

Neste sentido, cabe a ele (juiz) o dever legal de recorrer a boa-fé objetiva que encontra previsão legal no diploma civil, àquela a qual deva se presumir, e genérica por assim dizer, porque muitas vezes o certo e a interpretação de um, não é a do outro, e assim por diante.

Por vistas, o juízo de equidade é o modelo aberto oferecido ao julgador, porém limitado a decisão do conflito determinado, com a finalidade de buscar o equilíbrio dos poderes contratuais, aplicando manejo de critérios apropriados, objetivos e referenciáveis em abstrato, que não podem ser substituídos por convicções pessoais. (LÔBO, 2017, p. 70)

Em última análise, vale ressaltar que uma das principais funções do princípio da boa-fé, é sua função limitadora, ela veda ou pune o exercício de direito subjetivo quando este se caracterizar por abuso da posição jurídica.

Destarte, cumpre observar, que a função limitadora da boa-fé, tem íntima ligação com o regulamento de conduta: *venire contra factum proprium*⁶, também definida como teoria dos atos próprios ela protege parte da relação contratual contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. (GONÇALVES, 2019, p. 60)

Nesse sentido, pontifica Humberto Theodoro Júnior:

Um dos grandes efeitos da teoria da boa-fé no campo dos contratos, traduz-se na vedação de que a parte venha a observar conduta incoerente com seus próprios atos anteriores. A ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta, interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé. (THEODORO, p. 87 Apud, GONÇALVES, 2019, p. 60)

De igual forma, o Enunciado 362 da IV Jornada de Direito Civil dispõe que: “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se da proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do Código Civil”. (GONÇALVES, 2019, p. 60)

Em derradeiro ao exposto, pode-se elencar que a vedação ao comportamento contraditório é um dos preceitos mais importantes anexos a boa-fé no tangente a subjetividade elencada pelo estudo em tela.

Por fim, exposta a análise, verifica-se que, quanto mais se pretenda separar e especificar a boa-fé objetiva da subjetiva, ainda existe uma correlação entre as duas, tal qual pode-se definir como *fides*⁷, ou seja, dever de honestidade e confiança na relação contratual. (LÔBO, 2017, p. 70)

6 FORMAÇÃO DO CONTRATO

A fim de especificar o tema em tela, faz-se necessário destrinchar em etapas e subtítulos pelos quais serão descritos adiante.

Por este, resta introduzir de maneira paulatina, a fim de que seja imprescindível elencar e destacar cada item minuciosamente.

De início cabe ressaltar que, cada vez mais faz-se mister saber o exato momento em que se concretizou o contrato, com a finalidade de aduzir e

⁶ *Venire contra factum proprium*, é um brocardo latino que significa: “ninguém pode comportar-se contra seus próprios atos”. É um princípio base do Direito Civil e do Direito Internacional.

⁷ *Fides*: palavra em latim, transcrita para o português significa fé. (FIDES, 2020, não paginado)

amenizar ao máximo possíveis divergências contratuais que possam surgir mais tarde em outra ocasião.

Para o jurista Villaça Azevedo (2019), referente ao tempo da formação do contrato, estes reputam-se realizados quando a vontade dos contratantes acordam-se em uma verdadeira acomodação de interesses, porém para tal fato, é necessário antes que haja uma proposta e aceitação.

Outrossim, os contratos são formados no momento em que a proposta, também conhecida como oferta ou politização, é aceita. (AZEVEDO, 2019, p. 53)

No tangente ao lugar da celebração do contrato, este tem definido por lei como sendo o local da proposição, pois o artigo 435 do Código Civil é claro ao definir tal momento:

Artigo 435. Reputar-se-á celebrado no lugar em que foi proposto.

Consequentemente porque, é no local da proposta que se dá o início do contrato.

Por outro lado, se na relação contratual uma das partes residir fora do Brasil, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro⁸, vem sanar essa dúvida, expondo em seu artigo 9º, § 2, que: “a obrigação resultante do contrato, reputa-se constituída no lugar que residir o proponente”.

Portanto, como exemplo, se um brasileiro propõe a venda de um produto seu a um italiano, e cada um reside em seu país, assim que aceita a referida proposta, será aplicada a legislação brasileira. (AZEVEDO, 2019, p. 54).

Enfim, determinado espaço entre tempo e lugar da celebração do contrato, analisar-se-á adiante outros requisitos não menos importantes, e igualmente essenciais para vislumbrar o capítulo sobre formação dos contratos.

6.1 Manifestação da vontade

Mister se faz assinalar, que a manifestação da vontade é o requisito mais importante para existência do negócio jurídico, sendo por vistas também a primeira no degrau da escada ponteana⁹.

⁸ Decreto lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1.942

⁹ A teoria da escada ponteana, consiste na definição de uma tricotomia de planos que formam um negócio jurídico, sendo eles o da existência, da validade e da eficácia. Esta teoria possui esse nome em alusão ao seu criador, Pontes de Miranda. (ESCADA Ponteana - **JUS BRASIL** 2020, não paginado)

Cabe ressaltar, que a vontade humana se processa inicialmente na mente das pessoas, sendo portanto, o momento subjetivo, psicológico, representado pela própria formação do querer. Já o momento objetivo se perfaz, quando a vontade se revela por meio de declaração.

Nessa vereda, é na fase objetiva que a manifestação da vontade, torna-se conhecida e apta a produzir efeitos na relação jurídica.

Nessa linha de raciocínio, ensina o professor Carlos Alberto Gonçalves, que:

O contrato é um acordo de vontades que tem por fim criar, modificar e extinguir direitos. Constitui o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral. A manifestação da vontade pode ser expressa ou tácita. Poderá 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. Não havendo na lei tal exigência, vale a manifestação *tácita*, que se infere da conduta do agente. (GONÇALVES, 2018, p. 73)

No atinente ao silêncio, este poderá ser interpretado como manifestação da vontade tácita, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração da vontade expressa, como já mencionado anteriormente.

Cabe ressaltar que, ainda ser perfeitamente possível o silêncio ser usado também como manifestação da vontade quando a lei o autorizar.

Desta feita, destacam-se algumas hipóteses previstas nos artigos, 539 (doação pura); 512 (venda a contento); 432 (praxe comercial); entre outros do diploma legal do Código Civil.

Outra possibilidade em que o silêncio pode ser invocado como manifestação tácita, é quando tal efeito for convencionado em um pré-contrato, casos em que o silêncio será considerado, circunstanciado ou qualificado. (GONÇALVES, 2018, p. 74)

Por fim, faz-se incontestável o atributo de mais importante requisito atribuído a manifestação da vontade, na celebração contratual.

6.2 Negociações Preliminares

O contrato em si depende de duas manifestações de vontade, a proposta e a aceita, a primeira prevê o início da formação contratual e não depende em regra de forma especial.

Outrossim na prática geralmente a proposta, também chamada de oferta, policação¹⁰ ou oblação é antecedida por uma fase, por vezes duradouras de negociações preliminares, caracterizada por sondagens, conversações, estudos e debates, também pode receber o nome de fase da pontuação¹¹.

Considerando que, na fase de pontuação as partes ainda não manifestaram sua vontade, não incidirá nenhuma vinculação contratual. Sendo que, por esse motivo qualquer das partes possui a faculdade de afastar-se por simples desinteresse, sem que haja responsabilização por perdas e danos.

Tal responsabilidade será conferida, entretanto, se a parte manifestar falsa demonstração de interesse a fim de causar prejuízo, e efetivamente causar danos à outra.

Nessa fase, o fundamento para pedido de perdas e danos da parte lesada, se consumará com o dispositivo da prática de ilícito civil (CC, art.186) e não pelo inadimplemento contratual, visto que este ainda não se formalizou.

Em suma, a fase de negociação preliminar não irá gerar obrigações para ambas partes, mas é certo afirmar que surgirá deveres jurídicos para estas, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé.

Lembrando que, paralelo a este princípio, caminham os deveres de lealdade, correção, informação, de proteção e cuidado e de sigilo.

Assim conseqüentemente, a violação a um desses deveres, durante o transcurso das negociações é que irá gerar à parte transgressora a responsabilidade civil e dever de indenizar, independentemente da celebração do contrato.

¹⁰ Policação, é a promessa; proposta que contrato ainda não aceita, mas que obriga o proponente. (Policação- Dicio, **Dicionário Online de Português**, 2020, não paginado)

¹¹ Pontuação, termo jurídico que define uma das fases do processo de formação dos contratos: **pontuação**, proposta e aceitação. A **pontuação** corresponde às negociações ou tratativas preliminares. (Pontuação- **Dicionário inFormal**, 2020, não paginado, grifo do autor)

Essa responsabilidade, tem caráter excepcional, e portanto, não incidirá no campo contratual, visto tratar-se de responsabilidade aquiliana¹².

Como consequência, no caso de uma parte induzir a outra a crença de que o contrato será celebrado, levando-a a despender despesas ou prejuízos em face de perder a chance de celebrar com um terceiro, e esta por fim incorrendo em dano, a transgressora será responsabilizada. (GONÇALVES, 2019, p. 74)

Perfazendo-se neste contexto, assevera Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O princípio da boa-fé, durante as tratativas preliminares é fonte de deveres de esclarecimento, situação que surge seguidamente quando uma das partes dispõe de superioridade de informações e de conhecimentos técnicos, que devem ser repassados amplamente e de forma compreensível à contraparte, para que esta possa decidir com suficiente conhecimento de causa. Também surgem nas tratativas deveres de lealdade, decorrentes da simples aproximação pré-contratual. Censura-se, assim, quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em função do qual perdeu outras oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização, por existir uma relação obrigacional, independentemente de contrato, fundada na boa-fé. (AGUIAR, p. 250 APUD GONÇALVES, 2019, p. 75)

Acrescenta-se ainda que, a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, já prolatou entendimento de que a responsabilidade pré-contratual pode gerar dever de indenizar despesas, mesmo que o contrato não seja fechado. Frisou o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Na fase de nascimento o princípio da boa-fé objetiva, já impõe deveres às partes, ainda que não tenha ocorrido a celebração definitiva do ato negocial. Antes mesmo da conclusão do negócio jurídico, são estabelecidas entre as pessoas certas relações de fato, os chamados 'contatos sociais', que dão origem a deveres jurídicos, cuja violação importa responsabilidade civil. O princípio da boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes. A ruptura imotivada de tratativas somente viola a boa-fé objetiva, e enseja indenização, quando as negociações preliminares tenham chegado a tal ponto que faz prever que o contrato deveria poder-se estreitar. (STJ. Resp. 1.367.955-SP, 3ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18-3-2014)

¹² Responsabilidade aquiliana, trata-se de responsabilidade objetiva extracontratual. É a responsabilidade que decorre da inobservância de norma jurídica, por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. (RESPONSABILIDADE AQUILIANA- **Dicionário Jurídico**- Direito Net. 2020, não paginado)

Portanto, conclui-se que embora não haja vínculo contratual, impossível cobrar resolução por inadimplemento na fase de negociações preliminares, porém, as futuras contraentes devem mesmo nessa fase zelar pela boa-fé e probidade, visto este ser um ícone primordial em todas as fases contratuais, até mesmo na fase antecedente ao início da formação contratual.

6.3 Proposta

A primeira observação nesse contexto recai sobre o conteúdo que se deve conter em uma proposta, tendo esta que elencar todos os elementos essenciais do negócio proposto, tais como preço, quantidade, tempo de entrega, forma de pagamento, entre outras.

Não obstante, a proposta deve ser séria e consciente, pois diante o artigo 427 do Código Civil, ela vincula aquele que está propondo o negócio, neste caso chamado de proponente¹³:

Artigo 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Continuando, a proposta deve ser também clara, completa e inequívoca, ou seja, deve ser de fácil entendimento, em linguagem simples, para que o oblato¹⁴ possa compreendê-la, sem que lhe reste dúvidas.

Nesta feita ainda, a proposta deve conter todos os dados do negócio em questão, sem deixar margem para dúvidas em relação a vontade do proponente.

Sóbrio ressaltar, que a proposta não se equivale ao contrato, visto ela ser um ato unilateral, que somente gerará efeitos após a aceitação pelo oblato.

Evidentemente, tal qual a proposta ou oferta traduz uma vontade definitiva do proponente em contratar nas bases oferecidas, não estando essas abertas a negociações preliminares elencadas no tópico anterior.

O proponente dirige-se à outra parte (oblato), para que este último aceite ou não, sendo a proposta; como mencionado anteriormente, um negócio jurídico

¹³ Proponente: Pessoa que propõe algo; quem faz uma proposta: o proponente de um acordo. (PROPONENTE- **Dicio, Dicionário Online de Português**. 2020, não paginado)

¹⁴ Oblato, é considerado, pelo direito, como a pessoa a quem é direcionada a proposta de um contrato, que será aceita ou não, dependendo da sua manifestação de vontade. A expressão é sinônimo de aceitante ou aderente, está última normalmente utilizada em contratos de adesão. (OBLATO- **Wikipédia, a enciclopédia livre**. 2020, não paginado)

unilateral, que também pode ser chamada por declaração receptícia¹⁵ de vontade, dirigida de uma pessoa a outra, com quem se pretende celebrar o contrato.

Outrossim, perante a proposta a primeira parte manifesta sua intenção, que vinculará somente se a segunda parte aceitar. (GONÇALVES, 2019, p. 76-77)

Entretanto, se por um lado a proposta obriga o proponente, a lei traz também algumas exceções que não o vincularão de imediato, quando somente apresentado tal documento (proposta).

Uma das exceções encontra-se esculpida na segunda parte do retro transcrito artigo 427 do Código Civil, com as pragmáticas expressas: “se do contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”

Portanto, nesse caso a proposta não obriga o proponente em primeiro plano, se contiver cláusula expressa a respeito, ou seja, quando o proponente se reserva o direito de retirá-la, muitas vezes com as palavras **proposta sujeita a confirmação**.

Em segundo plano, a proposta não obriga o proponente em razão da **natureza do negócio**, essa se perfaz nas chamadas propostas abertas ao público, onde limita-se ao estoque do proponente, e vem ainda conjuntamente especificada nos termos do artigo 429 do Código Civil:

Artigo 429. A oferta aberta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

E em última análise e terceiro plano, a oferta não vincula o proponente em razão das **circunstâncias do caso**, a qual a lei confere esse efeito.

Um exemplo claro dessas circunstâncias encontra-se talhado no artigo 428 e respectivos incisos do Código Civil, do qual o inciso I declara que a proposta deixa de ser obrigatória:

I- Se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita...

Dessa feita, se acaso a proposta foi apresentada a pessoa presente, e esta diz que vai estudar e pensar, para somente então após confirmar se aceita

¹⁵ Receptício, é um ato unilateral, ou seja, não depende da aceitação de outra pessoa. (RECEPITÍCIO - **Dicionário informal**. 2020, não paginado)

ou não, o proponente não fica obrigado a manter os termos e valores no instrumento proposto, liberando o proponente.

Importante ressaltar, que o dispositivo considera pessoa presente também aquela que esteja contratando por meio de telefone ou outra via de comunicação semelhante, sendo que o termo **presente**, elenca quem conversa diretamente com o proponente, mesmo estando em cidade, Estado ou até mesmo país diferente.

Os dois consequentes incisos (II, III) do artigo 428, acentuam a questão da não obrigatoriedade de vinculação no que se refere a apresentação de proposta para pessoa ausente.

E por fim o inciso IV, adentra na questão de haver simultaneidade ou antecedência de retratação por parte do proponente perante a proposta inicialmente concedida, desde que a retratação chegue a tempo ao conhecimento do oblato ausente, caso este que também não vinculará o proponente perante sua proposta inicial. (GONÇALVES, 2019, págs. 76-80)

Sem mais delongas, neste tópico fez-se importante salientar a questão da vinculação ou não do proponente à proposta inicialmente apresentada; e que esta não deve deixar dúvidas e questionamentos ao oblato, mantendo o objetivo de realizar o negócio jurídico com base no princípio da boa-fé e compromisso com a probidade.

Adiante, passar-se-á a elencar a elaboração e molde das cláusulas contratuais, sendo que, no que se refere a contratos empresariais entre pessoas jurídicas paritárias, estas tornam-se únicas e específicas para cada relação, mesmo tendo como base iguais princípios.

6.4 Cláusulas contratuais

As cláusulas contratuais servem como parâmetro para definir qual a categoria de contrato que as partes estarão contratando, elas são o corpo do contrato em si, perfazendo desde a qualificação das partes, o objeto contratual, até o modo de sua resolução (extinção).

Outrossim, pode-se dizer que cada contrato se torna único, tendo como égide cláusulas usuais, porém sempre contendo uma ou mais cláusulas exclusivas em relação aquele novo negócio acordado.

Ademais, as cláusulas devem ser claras, sucintas e de perfeito entendimento para que não haja dúvidas em sua execução, e/ou não crie expectativas além do proposto ao acordo.

É bem certo que, logicamente tratando-se de **contrato bilateral**, onde ambas **partes contraentes têm direitos e obrigações relativas àquele contrato**, essas cláusulas devem ser pacíficas e equilibradas, de modo que o pacto não onere nenhuma delas.

O que se pretende afirmar é que como já descrito anteriormente, partindo da **premissa da boa-fé objetiva**, as cláusulas devem ser assíduas a externar objetivamente a vontade das partes contraentes, sem deixar margem a dupla interpretação.

É inegável que, com inúmeras possibilidades da vida cotidiana, torna-se quase impossível elencar no contrato cláusulas que contenham todos os eventuais episódios que possam vir a ocorrer, porém essas cláusulas devem abranger o máximo de situações passíveis de acontecer, para que assim não fiquem as partes desamparadas ante aquele acontecimento casuístico.

Vale lembrar que, um dos princípios regentes do contrato é o *Pacta sunt servanda*¹⁶, princípio intimamente ligado ao princípio da boa-fé, desse modo, se as cláusulas ali estabelecidas fazem lei entre as partes, estas por sua vez devem exteriorizar com clareza vítreia o desejo de cada contraente.

Por conseguinte, passar-se-á a analisar e estudar uma cláusula de suma importância no mundo dos contratos, aquela pela qual poderão as partes contraentes extinguir a relação jurídica existente entre elas.

¹⁶ *Pacta sunt servanda*, é uma expressão em latim que significa em português: “pactos devem ser respeitados” ou “acordos devem ser mantidos” (SIGNIFICADO DE PACTA SUNT SERVANDA, 2018, não paginado)

6.5 Cláusula Resolutiva

A cláusula resolutiva é aquela pela qual as partes contraentes podem pôr fim ao contrato celebrado, seja porque uma delas não cumpriu com sua obrigação, seja porque está definido em lei.

Em verdade, essa cláusula se originou na antiga Roma e servia como proteção do vendedor no caso de inadimplemento do comprador, no caso de contrato de compra e venda de prestação continuada¹⁷, o vendedor precisava confiar no comprador ante o recebimento do preço, portanto estava ele, vendedor, arriscado a perder a coisa sem receber pelo negócio pactuado, daí a necessidade de criação da cláusula.

Ademais, atualmente essa cláusula pode vir ou não descrita no instrumento contratual, quando expressa no documento sua elaboração e manejo depende exclusivamente da anuência das partes, visto ela ser capaz de colocar fim na relação contratual antes do término da vigência do prazo contratual estabelecido.

Porventura, se a cláusula não estiver expressa no contrato, ela será presumida pela lei, já que os contratos particulares devem seguir as descrições estabelecidas por lei federal, neste caso, o Código Civil Nacional.

Desse modo, quando inexistir cláusula resolutiva expressa no documento contratual, essa se firmará em decorrência da lei e será tida como cláusula resolutiva tácita ou implícita.

Nesse sentido o artigo 474 do Código Civil, é claro ainda ao elencar que se a cláusula for expressa, opera sem qualquer limitação, o que não ocorre com a tácita:

Artigo 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Por vistas, o efeito prático atribuído a ambas é diferente no caso de uma interpelação judicial, embora para o rompimento unilateral de ambas seja necessária intervenção judicial.

O desembargador Carlos Roberto Gonçalves (2019), define sabiamente estes efeitos, em uma de suas obras:

¹⁷ Contrato de prestação continuada, é aquele que se perfaz com o tempo por meio de prestação, seja ela mensal, quinzenal ou até mesmo híbrida, dependendo de acordo entre as partes contratantes.

Em ambos os casos, tanto no de cláusula resolutiva expressa ou convencional, como no de cláusula resolutiva tácita, a resolução deve ser judicial, ou seja, precisa ser judicialmente pronunciada. No primeiro, a sentença tem efeito meramente declaratório e *ex tunc*¹⁸, pois a resolução dá-se automaticamente, no momento do inadimplemento; no segundo, tem efeito desconstitutivo, dependendo de interpelação judicial. Havendo demanda, será possível aferir a ocorrência dos requisitos exigidos para a resolução e inclusive examinar a validade da cláusula, bem como avaliar a importância do inadimplemento, pois a cláusula resolutiva, “apesar de representar manifestação de vontade das partes, não fica excluída da obediência aos princípios da boa-fé e das exigências da justiça comutativa. (GONÇALVES, p. 187)

Por sorte, em todo contrato bilateral há presunção de cláusula resolutiva tácita, portanto mesmo que por omissão intencionada ou não de quem redigiu o contrato, no caso de não tipificar a cláusula expressamente no documento, a parte lesada pelo inadimplemento terá o amparo do diploma legal em sua defesa.

Logo, o artigo 475 do Código Civil, autoriza o lesado pelo inadimplemento a pleitear a resolução do contrato com adição de perdas e danos, veja-se, portanto:

Artigo 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Assim, ante o inadimplemento da outra parte, o contratante pontual tem a alternativa de resolver o contrato ou exigir-lhe o cumprimento mediante execução específica (CPC, art. 497), sendo que, em qualquer das alternativas fará jus à indenização por perdas e danos.

Outro ponto interessante, e que se faz razoável citar neste capítulo é o caso do adimplemento substancial¹⁹, instituto que vem ganhando destaque entre a jurisprudência e a doutrina.

¹⁸ *Ex tunc*, termo jurídico em latim que determina que a decisão, o ato/ fato/ negócio jurídico ou a lei nova tem efeito retroativo, ou seja, atinge situação anterior, produzindo seus efeitos também no passado. (Ex- Tunc- **Dicionário Jurídico**, 2018, não paginado)

¹⁹ A teoria do adimplemento substancial foi elaborada a partir de estudos doutrinários e análises de casos concretos pelos órgãos jurisdicionais. A verificação do mero inadimplemento contratual não justifica a extinção do negócio jurídico sempre que se referir a obrigação de pouca monta e se o devedor tiver pautado sua conduta pela boa-fé. Também se requer que o contrato tenha atingido seu maior fim. Evita a rescisão por motivo íntimo, dando mais estabilidade às relações contratuais e, portanto, mais garantias à sociedade de um julgamento justo quando a demanda versar sobre este tema. Sua importância reside no fato de que assegura os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, dispostos de maneira vaga no Código Civil de 2002. Na prática a aplicação da teoria se mostra eficaz e disseminada. (Princípios da teoria do adimplemento substancial- **Âmbito**.....São Paulo, 2008)

Ante o adimplemento substancial, inexistirá o instituto do inadimplemento contratual como forma de resolução unilateral do contrato, diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas.

Nesse caso, não se figurará extinta a relação contratual, por conta de modesto e insignificante incumprimento da avença, por força da função social do contrato, como prevê o artigo 421 do Código Civil. (GONÇALVES, 2019, p. 184)

Nos termos do artigo 421 do Código Civil, a função social obrigatória em todos os contratos celebrados em âmbito nacional é o limite para a liberdade existente nas relações contratuais privadas:

Artigo 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Nesse contexto ainda ressalta Jones Figueirêdo Alves que:

A introdução **da boa-fé objetiva nos contratos, como requisito de validade, de conclusão e de execução**, em regra expressa e norma positivada pelo art. 422 do Novo Código Civil, trouxe consigo o delineamento da teoria da substancial performance como exigência e fundamento do princípio consagrado em cláusula geral aberta na relação contratual. É pela observância de tal princípio, notadamente aplicável aos contratos massificados, que a teoria se situa preponderante, como elemento impediante ao direito de resolução do contrato, sob a inspiração da doutrina de Couto e Silva. (ALVES, p. 35 Apud GONÇALVES, 2019, p. 185, grifo nosso)

De certo ainda, que a doutrina anda em paralelo à jurisprudência dos tribunais superiores, referente tal fato já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, descritivo de decisão elencado na obra do professor Carlos Alberto Gonçalves:

A jurisprudência tem sedimentado a teoria, reconhecendo que o contrato substancialmente adimplido não pode ser resolvido unilateralmente. Proclamou, com efeito, o Superior Tribunal de Justiça que “*o adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução*”. Aduziu a mencionada Corte que a atitude do credor, de desprezar o fato do cumprimento quase integral do contrato, “*não atende à exigência da boa-fé objetiva*”. (GONÇALVES, 2019, p. 185)

Portanto, como se vê, mesmo uma cláusula de suma relevância no instrumento contratual como a resolutiva, torna-se passível de ser flexibilizada mediante um caso concreto, tudo em prol da **boa-fé objetiva princípio norteador na relação entre contraentes**.

Outrossim, há de se levar em conta que aspectos quantitativos e qualitativos, servem como parâmetro para aplicação de tal instituto, não havendo uma matemática exata para definir quando e como será aplicado.

Por fim, nota-se que ainda que haja jurisprudência em benefício ao adimplemento substancial, ainda existem outros princípios base regentes do contrato, e um deles estabelece que o acordo firmado deve ser cumprido (*Pacta sunt servanda*); portanto firmando entre si um vínculo contratual, faz-se necessário no ambiente empresarial discorrer com papel de destaque cláusula resolutiva expressa, a fim de evitar desgastes desnecessários com imposição judicial.

6.6 Aceitação

É chegada a hora tão esperada, a hora da vitória, a hora mais almejada e aquela pela qual os empresários tanto esperam em suas vidas profissionais, aquela em que se pensa que todo esforço empregado nas negociações preliminares, acordos e desacordos convencionados na formação do contrato valeram a pena.

A dura realidade na sociedade moderna é que talvez para alguns, vale qualquer meio empregado para se chegar ao fim esperado; trocadilhos a parte, contemplar-se-á adiante a parte técnica da aceitação no mundo dos contratos.

Segundo Francesco Messineo:

A aceitação deve ser pura e simples; deve ser endereçada ao proponente (é uma declaração recebida); deve ser tempestiva, isto é, deve chegar ao proponente no prazo estabelecido por ele, ou naquele normalmente necessário, segundo a natureza do negócio, ou segundo os usos....Se o proponente exigir, para a aceitação uma forma determinada, a aceitação não é válida, se for dada de forma diversa.....Formalmente, a aceitação é elaborada em termos diferentes da proposta; entretanto, não no sentido de que a aceitação pode não ser conforme, no conteúdo, à proposta. A aceitação que não seja conforme a proposta (ou seja, que contém variantes, mesmo em pontos secundários) não vale como aceitação: vale a pena, ao invés, como contraproposta...., com o efeito de que as partes se invertem, tornando-se o aceitante o proponente original. Nesse caso, o aceitante permanece livre para aceitar ou não. (MESSINEO, p. 184-186, Apud, RIZZARDO, 2019, p. 51)

Portanto, tem-se que, se a aceitação não for afirmada nos exatos termos da proposta haverá uma inversão de papéis, sendo que o aceitante que fizer os ajustes se tornará o proponente de uma contraproposta.

Nessa toada, prevê o artigo 431 do Código Civil que:

Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.

Sem grandes entraves, se não aceitou no primeiro momento com aquele conteúdo específico da proposta, esta deixará de ser a proposta original, tornando-se então uma contraproposta.

Carlos Roberto Gonçalves, classifica a aceitação por ausentes e presentes, termos em que define:

Se o contrato for celebrado entre presentes, a proposta poderá estipular ou não prazo para a aceitação. Se o policitante²⁰ não estabelecer nenhum prazo, esta deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de a oferta perder a força vinculativa. Se, no entanto, a policitização estipulou prazo, a aceitação deverá operar-se dentro nele, sob pena de desvincular-se o proponente. (GONÇALVES, 2019, p. 83)

Outrossim, a aceitação especificará todas as circunstâncias da proposta, e esta será exteriorizada por sinais que a tornem conhecida. Neste sentido aduz Carvalho Santos:

Para a aceitação ser havida como realizada, em regra, basta um 'sim' ou um 'não aceito', não havendo fórmulas mais expressivas do que essas, embora mais extensas sejam utilizadas geralmente no mundo dos negócios (SANTOS, p. 80-81, Apud RIZZARDO, 2019, p. 51)

Conseqüentemente, no mundo dos negócios as respostas do aceite têm na prática a aceitação por meio expresso e escrito, preferencialmente por meios formais de comunicação, como e-mail por exemplo, com a finalidade de que não se crie expectativas em prol da celebração daquele contrato, que por vezes na área empresarial pode gerar gastos iniciais desmensurados.

Por fim, se tudo ocorrer nos conformes, sendo a aceitação mediante proposta original, ou com ajustes das partes acordarem e aceitarem após contraproposta, ocorrerá a conclusão do contrato, para seguir-se após essa

²⁰ Policitante, é o mesmo que proponente; sendo que proponente já fora conceituado aqui anteriormente como pessoa que propõe algo; quem faz uma proposta: o proponente de um acordo. (PROPONENTE- **Dicio, Dicionário Online de Português**. 2020, não paginado)

última mencionada a prestação que se dará em razão do objeto elencado no mesmo.

6.7 Conclusão do contrato

Após todo o processo de formação do contrato, este se conclui quando o acordo de vontades entre as partes é por fim e em definitivo aceita por ambas.

Encontra-se perfeita definição para tal momento da relação jurídica nas palavras aduzidas por Paulo Nader (2018):

De um lado as necessidades humanas e, de outro, a dinâmica social com todo o seu potencial e movimentação, levam à criação de contratos, que se formam de acordo com um iter programado na Lei Civil com algumas alternativas. O interesse na superação de suas carências, algumas primárias e outras de crescimento moral, lazer ou conforto, desperta a consciência das pessoas para a realização de contratos, como recurso indispensável, na sociedade moderna, para o suprimento de suas necessidades. Esta motivação é componente psicológico que antecede à formação dos contratos. Tal estado anímico induz a pessoa a formular propostas contratuais ou a aceitar, entre as que lhe são apresentadas, as capazes de atender aos seus interesses. Como espécie do gênero negócio jurídico, o contrato pressupõe declaração de vontade. Os contraentes harmonizam os seus interesses até alcançarem o consenso, que é a conjugação volitiva, pela qual estabelecem o seu dever ser, constituído de obrigações e direitos. Dá-se por concluído o processo de formação do contrato quando a vontade do oblato adere à proposta. Este momento é variável, conforme vimos, tratando-se de contraentes presentes ou ausentes. O contrato, sendo de natureza consensual, como na maioria dos tipos, forma-se exclusivamente com o consenso. Os reais pressupõem, ainda, a *traditio*²¹. Neste caso, o consentimento mútuo, sem a entrega da coisa, gera apenas a promessa de contrato, como no empréstimo, penhor ou anticrese. (2018, p. 67)

Outrossim, aduz Carlos Roberto Gonçalves, que constitui ponto relevante na doutrina da formação dos contratos a determinação do momento em que se deve considerar formado o contrato entre presentes e entre ausentes.

²¹ A palavra **tradição** deriva do latim "*traditio*" que significa transmissão, algo que é transmitido (ou transferido) do passado para o presente. Podemos, assim, retratar a **tradição** como um conjunto de crenças de um povo que são seguidas e partilhadas sucessivamente durante várias gerações. (SIGNIFICADO DE TRADIÇÃO, 2020, não paginado)

Ressalta o professor que, para que se possa estabelecer a obrigatoriedade da avença, será mister verificar em que instante o contrato se aperfeiçoou, unindo os contraentes.

Fato esse que, após unir-se os contraentes haverá impossibilidade de retratação, compelindo-os a executar o negócio, sob pena de responderem por perdas e danos.

Afirma o jurista que:

Se o contrato for realizado inter praesentes²² nenhum problema haverá, visto que as partes estarão vinculadas na mesma ocasião em que o oblato aceitar a proposta. Nesse momento caracterizou-se o acordo recíproco de vontades e, a partir dele, o contrato começará a produzir efeitos jurídicos. (GONÇALVES, 2019, p. 84)

Inobstante a isso, quando o contrato tem sua conclusão perante ausentes, seja por qualquer meio pertinente, tais quais, e-mail, fax, carta, telegrama ou outros, principalmente quando celebrado entre grandes empresas, a resposta leva algum tempo para chegar ao conhecimento do proponente e passa por diversas fases.

Neste sentido aduz Carlos Roberto Gonçalves, vez que não é pacífico o entendimento entre os doutrinadores, nesse caso, há três teorias com o fito de definir o momento da conclusão do contrato:

Divergem os autores a respeito do momento em que a convenção se reputa concluída. Para a **teoria da informação ou da cognição**, é o da chegada da resposta ao conhecimento do policitante²³, que se inteira de seu teor. Tem o inconveniente de deixar ao arbítrio do proponente abrir a correspondência e tomar conhecimento da resposta positiva. Não basta a correspondência ser entregue ao destinatário. O aperfeiçoamento do contrato se dará somente no instante em que o policitante abri-la e tomar conhecimento do teor da resposta.

A segunda **teoria, a da declaração ou da agnição**, subdivide-se em três: a) da declaração propriamente dita; b) da expedição; e c) da recepção. Para a teoria da declaração propriamente dita, o instante da conclusão coincide com o da redação da correspondência epistolar. Obviamente, tal entendimento não

²² Contrato inter praesentes é aquele em que não há intervalo na comunicação, ou seja, considera-se formado no exato instante em que a proposta é aceita. Nesse sentido, temos como exemplos o telefone, o MSN, a videoconferência etc. (**O que se entende por contrato entre presentes ou inter...**, 2020, não paginado)

²³ Policitante, é o mesmo que proponente; sendo que proponente já fora conceituado aqui anteriormente como pessoa que propõe algo; quem faz uma proposta: o proponente de um acordo. (PROPONENTE- **Dicio, Dicionário Online de Português**. 2020, não paginado)

pode ser aceito, porque, além da dificuldade de se comprovar esse momento, o consentimento ainda permanece restrito ao âmbito do aceitante, que pode destruir a mensagem em vez de remetê-la.

Para a teoria da expedição, não basta a redação da resposta, sendo necessário que tenha sido expedida, isto é, saído do alcance e controle do oblato. É considerada a melhor, embora não seja perfeita, porque evita o arbítrio dos contraentes e afasta dúvidas de natureza probatória. Por último, a **teoria da recepção** exige mais: que, além de escrita e expedida, a resposta tenha sido entregue ao destinatário. Distingue-se da teoria da informação porque esta exige não só a entrega da correspondência ao proponente, como também que este a tenha aberto e tomado conhecimento de seu teor. (GONÇALVES, 2019, p. 84-85, grifo nosso)

Em verdade, de um modo ou de outro, após toda a elaboração do contrato desde a proposta até o ajuste de suas cláusulas pelas partes contraentes, pugna-se concluído o contrato.

De praxe no mundo dos negócios, nos contratos entre duas pessoas jurídicas a forma mais segura é que fique tudo registrado, por meios eletrônicos desde o primeiro contato até a conclusão.

Porém, será exposto mais a frente, vez que o objeto principal deste trabalho é analisar a boa-fé no modelo de contrato empresarial, a circunstância em que uma dessas medidas de rigor para registro e arquivo de toda a negociação, não sai nos moldes pactuados verbalmente.

Adiante no próximo capítulo elencar-se-á a exigibilidade das obrigações pactuadas entre as partes nos contratos.

7. EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL NA PRÁTICA

Depois de extensa fase de negociações preliminares, proposta, e após passar pela fase de pontuação, a prestação do contrato entre as partes começa a ganhar arrimo na questão prática.

Nesta fase, a fase de real cumprimento das obrigações que foram pactuadas, as partes têm a chance de mostrar do que realmente são capazes, se são honrosas em seus compromissos avençados, ou se por ventura não são capazes de cumprir com o que acordaram, seja por motivos externos, inerentes a sua vontade, ou seja por motivos íntimos, muitas vezes disfarçados pelos externos, com o fito de encobrir a **má-fé** na execução do contrato.

Dessa feita, o que se pretende aqui não é mostrar a perfeita execução do que foi acordado no instrumento contratual, mesmo porque se tudo corresse piamente como rezam as cláusulas contratuais, o presente estudo não se faria pertinente.

Contudo, há uma gama de possibilidades para que a execução do contrato não saia como descrito no papel, e é nessa fase que é possível se exigir o que foi acordado, porém, a lei ampara os contraentes de algumas desavenças em razão da discordância e do não cumprimento da sua obrigação.

Conseqüentemente, entre os amparos legais pode-se citar em primeiro plano a exceção do contrato não cumprido, disposta nos artigos 476 e 477 do Código Civil.

7.1 Exceção do contrato não cumprido

Após efetuados todo o aparato e as formalidades com o fito de moldar uma situação perfeita, onde não haverá problemas com a não execução nos moldes acordados entre as partes contraentes, não existe melhor sorte aos contraentes, se não a de que o próprio diploma civil, previu cenários fatídicos onde se houver desavença por uma delas, mesmo que não esteja exposto no instrumento contratual, a outra não restará desamparada.

Evidente se mostra no artigo 476 do Código Civil, tal qual preceitua:

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Nesse sentido, o professor Paulo Nader explica que, tratando-se de contrato em que ambas partes possuem, reciprocamente, direitos e obrigações, derivados de um mesmo negócio jurídico, não haveria lógica alguma se o devedor estando inadimplente com sua obrigação pudesse exigir contraprestação da outra parte.

Ademais, cita com ênfase que tal conjuntura trata-se de um princípio moral previsto pelo Código Civil, e que sua não observância vai contrária a **boa-fé objetiva**, presumida pelo diploma:

O princípio em questão refere-se aos contratos bilaterais, estabelecendo que a parte devedora não pode exigir da contraparte o cumprimento de uma obrigação, enquanto estiver inadimplente. O princípio possui uma forte **conotação moral**. Os canonistas consideram a exigência de pagamento, formulada

por devedor inadimplente, uma **prática manifesta de má-fé**. (NADER, 2018, p. 166, grifo nosso)

Com isso, sustenta-se que mais uma vez a **boa-fé** tem um papel relevante não somente na formação dos contratos, junto às suas fases preliminares até a pontuação, mas necessariamente também na fase de sua execução.

O difícil é manter-se na relação jurídica posteriormente à ascensão da alusiva má-fé pela parte contraposta.

Ademais, continuando o raciocínio do professor, enquanto uma das partes não cumprir com sua obrigação, não poderá exigir da outra que cumpra a sua, e se por acaso a primeira a demandar em juízo, o legitimado passivo poderá alegar em sua defesa a *exceptio non adimpleti contractus*²⁴. (NADER, 2018, p. 166)

Todavia, em sentido contrário, Maria Helena Diniz, expõe que por vezes, a inexecução do contrato pode não se dar em razão de propriamente um inadimplemento, mas sim por razões não afetas à vontade das partes:

A total inexecução contratual pode advir, algumas vezes, de fatos alheios à vontade dos contratantes, que impossibilitam o cumprimento da obrigação que incumbe a um deles, operando-se de pleno direito, então, a resolução do contrato, sem ressarcimento das perdas e danos, por ser esta uma sanção aplicada a quem agiu culposamente, e sem intervenção judicial, exonerando-se o devedor do liame obrigacional. (DINIZ, 1986, p. 127, Apud, RIZZARDO, 2019, p. 264)

Desse modo, pode concluir-se ainda, que sempre que não verificada a culpa, a indenização por perdas e danos será afastada, ou seja, quando a inexecução ocorrer sem culpa do devedor da obrigação.

Porém, a respeito de perdas e danos, falar-se-á mais adiante no próximo capítulo, onde explanar-se-á sobre a pretensão em juízo no caso de divergência contratual.

²⁴ *A EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*: Esta expressão latina que significa a exceção do contrato não cumprido. É a regra, nos contratos bilaterais, pois é um "meio de defesa para uma das partes que ainda não cumpriu com sua obrigação porque a parte contrária também não o fez. O que não poderia ocorrer de outra forma porque os contratos bilaterais são caracterizados por possuir um vínculo ou dependência de reciprocidade relativamente às partes, ou seja, exige de cada um dos contratantes o cumprimento do que foi avençado e se um não cumpre a obrigação contraída não pode exigir do outro. Tal cláusula só não pode ser utilizada quando a lei ou o contrato não determinar a quem cabe cumprir primeiro a obrigação. (**A exceção de contrato não cumprido na prestação de serviços.....[s.]**, 2020)

Neste capítulo, continuar-se-á a interpretação do amparo legal perante o não cumprimento contratual pelas partes.

Nesta feita, expõem-se ainda a circunstância em que ambas partes se encontram inadimplentes, sem executar sua obrigação. Nesta situação onde ocorrerá a mora simultânea se procederá pela resolução do contrato por culpa de ambas, também não concedendo perdas e danos para nenhuma delas. (RIZZARDO, 2019, p. 266)

Outrossim, cabe ressaltar que o artigo 477 do Código Civil, também traduz princípio da moralidade em seu texto, quando expressa:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Nesse caso, o professor Paulo Nader, com lúcido esclarecimento, interpreta que:

Enquanto o artigo 476 cogita a exceção a favor do contraente que é portador de crédito não satisfeito, anterior ou coetâneo ao da contraparte, a disposição do artigo 477 visa a proteger quem deve pagar em primeiro lugar, estando a outra parte com seu patrimônio abalado por fato superveniente à celebração do contrato, capaz de comprometer a sua prestação. Nesta hipótese, o ordenamento permite ao devedor aguardar o recebimento de seu crédito ou a oferta de garantia suficiente, para depois efetivar o pagamento devido. A lei civil não especifica a modalidade de garantia, pelo que esta pode ser *real* ou *fidejussória*. Pela primeira, o lastro é representado por algum bem, bem como na *anticrese*, *hipoteca*, *penhor*, enquanto na segunda, pelo patrimônio de pessoas, como na *fiança* e *aval*. O artigo 477 é similar ao 1.613 do *Code Napoléon*²⁵. (NADER, 2018, p. 166)

Em última análise, o que se conclui neste tópico do capítulo, é que ambos os artigos expõem que nos contratos bilaterais cada uma das partes deve e é credora simultaneamente, por isso nenhuma delas, sem ter cumprido o que lhe cabe, ou seja, sua obrigação, pode exigir que a outra o faça.

²⁵ Dispõe o artigo 1.613 do Código Civil francês: “*Não ficará do mesmo modo, obrigado à entrega, mesmo que ele concedido um prazo para pagamento, se, depois da venda, for aberta a falência do comprador, ou se cair ele em estado de desconfiança, de modo que o vendedor se ache em perigo iminente de perder o preço; a não ser que o comprador lhe dê garantia de pagar no prazo*”. (NADER, 2018, p. 169)

E que, o inadimplemento do contrato por parte de um dos contratantes por culpa sua, dá ao outro o **direito de promover em juízo a sua rescisão**.

Por conseguinte, passar-se-á a estudar outro meio previsto pelo Código Civil, no qual permita a interrupção da execução contratual sem adição de multa ou indenização por perdas e danos.

7.2 Resolução do contrato por onerosidade excessiva

Neste subtítulo elencar-se-á que a questão de disparidade entre as obrigações e vantagens no decorrer da prática contratual, podendo ocorrer no início, meio ou ao final da vigência daquele contrato, ocorre tão somente em contratos de execução continuada ou diferida, àqueles que se perfazem com o tempo.

Esse instituto jurídico leva à extinção da relação, pois uma das partes não obtém mais a vantagem acordada pelo instrumento contratual inicial, e como não bastasse a não obtenção vantajosa, ela ainda está sendo onerada por continuar naquela relação.

Existe uma só certeza, quando não está bom e viável para uma das partes, a lei, mais especificamente o Código Civil traz a proteção de que ela necessita:

Art. 478. 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.

Nessa circunstância, como preceitua Carlos Roberto Gonçalves, não existe mais o interesse em continuar com a relação jurídica, podendo ser utilizada tanto pelo credor quanto pelo devedor.

Porém o professor aduz que, enquanto na ação de resolução por inadimplemento contratual, parte do pressuposto de que o credor já perdeu o interesse pelo adimplemento, na onerosidade excessiva pode ser que esse interesse ainda exista, por isso há de ser possível a modificação do contrato para permanecer com a relação. (GONÇALVES, 2018)

Nesse sentido, adentra-se a um novo instituto, o princípio da revisão dos contratos, ou teoria da imprevisão²⁶.

O professor Gonçalves explica que essa teoria se originou na Idade Média, quando fatores externos geraram no decorrer da execução do contrato uma situação diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor.

Ainda ressalta que, embora o princípio *pacta sunt servanda* ou da intangibilidade do contrato seja fundamental para a segurança nos negócios e fundamental a qualquer organização social, os negócios jurídicos podem sofrer as consequências de modificações posteriores, com a quebra insuportável da equivalência, daí a necessidade de adequação e modificação no contrato para manter a relação contratual.

Entretanto, quando não há mais interesse em manter essa relação, pois já sofreu danos excessivos com o desequilíbrio, a parte poderá recorrer ao judiciário para resolver o contrato, e extinguir de vez a relação jurídica por hora existente.

De sorte, a resolução por onerosidade excessiva, se perfaz de maneira bem eficaz, sendo formalizada pelos artigos 478 a 480 do Código Civil, quando a situação não puder ser superada com a revisão das cláusulas, admitir-se-á a extinção do contrato em razão de fato superveniente. (GONÇALVES, 2018)

8 PRETENSÃO EM JUÍZO NO CASO DE DIVERGÊNCIA CONTRATUAL

Neste último capítulo explanar-se-á a última fase de ligação entre as partes contraentes, o que antes era somente entre elas passa então a ter a participação de uma terceira pessoa da qual ficará a par de todas as circunstâncias desse vínculo.

Agora o Estado personificado na pessoa do juiz, terá o dever de conduzir e decidir o conflito que deu origem ao litígio processual.

²⁶ A teoria da imprevisão ou de revisão dos contratos está prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil, ela justifica a resolução ou a revisão de um contrato caso ocorra um acontecimento superveniente e imprevisível que desequilibre a sua base econômica, impondo a uma das partes obrigação excessivamente onerosa. Referida teoria mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos. (**Quais são os elementos que compõem a teoria da imprevisão.....**, 2010, não paginado)

O que antes era lei entre as partes, tornou-se martírio do qual pretendem livrar-se o mais rápido e com menos prejuízos possíveis.

A pretensão em juízo é uma garantia Constitucional, pois por vezes os contratos empresariais têm que ser discutidos, seja perante inadimplemento de uma ou das duas partes, seja porque a obrigação tornou-se exageradamente onerosa para uma parte da relação. Ou simplesmente, porque por algum motivo, houve a quebra da confiança perante um ato que não estava previsto no instrumento contratual, ou até mesmo pela ausência dele.

O fato é que, a confiança antes existente na relação, nesse momento já se perdeu, não existe mais a ligação de boa-fé que se presumia que ambos tivessem no começo da relação. Pelo contrário, todo e qualquer ato ou fato superveniente a esse momento será interpretado pela outra parte como uma ação maliciosa, com a má-fé embutida por de trás daquela ou desta conduta.

Muitas vezes também, o que era explicitamente claro para os contraentes no instrumento contratual, torna-se um arcabouço de múltiplas interpretações, na qual cada um tenta explicitar e externar com mais vantagens para si dentro daquela relação.

Portanto, faz-se estritamente necessário trazer junto nesse capítulo um caso concreto de relação contratual empresarial bilateral, na qual teve a infeliz quebra da boa-fé dentro do elo, e conseqüentemente teve de ser levada a pretensão em juízo para reestabelecer o que de fato tinha se acordado de início naquela relação.

Outrossim, nos próximos subtítulos especificar-se-á alguns institutos obrigacionais muitas vezes nascedouros da perda da boa-fé nas relações contratuais, tal como a mora, e outros como as perdas e danos e cláusula penal, incidentais da relação contratual desfeita de fato.

8.1 Mora dos contraentes

Para o autor e magistrado aposentado Álvaro Villaça Azevedo, o próprio vocabulário mora já indica o sentido desse instituto jurídico, vez que mora possui o significado de demora, atraso, retardamento, inexecução, inadimplemento, descumprimento obrigacional.

Nesse sentido o artigo 394 do Código Civil, estabelece que mora existe quando o devedor não paga e o credor não recebe, aquilo acordado no instrumento contratual como sendo objeto da prestação jurídica, no tempo, lugar e pelo modo convençados.

Outrossim, aduz em sua obra que a mora se divide em duas modalidades, podendo ser do devedor e do credor.

Em primeiro plano analisar-se-á a mora do devedor, também chamada de *mora debitoris* (mora do devedor) ou *mora solvendi* (mora de pagar), que se perfaz perante o não cumprimento da obrigação pelo devedor.

Para estar em mora é pressuposto legal que haja um débito legítimo e exato, no qual o devedor tenha conhecimento de quanto se deve pagar.

Aduz o artigo 397 do Código Civil se refere à mora pelo não cumprimento no seu termo, ou seja, não adianta a dívida ser certa e líquida, porém não estar vencida.

É imprescindível para caracterização da mora, que a dívida esteja vencida, do contrário não será suscetível de ser exigida pelo credor.

Outrossim o Código Civil também ressalva que se o devedor incorrer em mora sem culpa sua, pode-se dizer que há mais um indício de **resguardo do princípio da boa-fé pelo diploma legal**.

Ademais o artigo 396 institui que não incorrerá em mora o devedor, se não houver fato ou omissão a ele imputável; aqui o Código refere-se ao não cumprimento da obrigação por fato que foge ao alcance de controle do devedor, como por exemplo caso fortuito ou força maior.

Relevante faz-se também o estudo da mora da outra parte da relação contratual, no caso do credor incorrer em mora.

Aqui é conhecida pelo Direito romano de *mora creditoris* (mora do credor) ou *mora accipiendi* (mora de receber). Essa modalidade de mora materializa-se no momento em que o credor se recusa a receber a prestação nos termos acordados ou recusa-se a fornecer o recibo que comprove o pagamento.

Vale lembrar que, a recusa do credor deve ser injustificada, ou seja, sua recusa deve ser pautada no simples não querer receber sem motivo algum, se esta por sua vez se der em razão do devedor querer pagar-lhe objeto diferente do acordado em contrato ou pagar-lhe em menor valor, a recusa do credor em receber diferente ou menor valor não incorrerá em mora.

Essa recusa por sua vez, é fundamental para que a mora se concretize, ademais, é necessário que o devedor demonstre por meio provas sua intenção de pagar a dívida, certa, líquida e nos moldes acordados em contrato. (AZEVEDO, 2018, páginas 173-175).

8.2 Perdas e danos indenizáveis

Importante frisar, que incorrendo em mora qualquer das partes da relação contratual, seja o credor ou o devedor, quando pleiteado em juízo o pagamento de sua obrigação contratual, pode-se aduzir a soma as perdas e danos sofridos em razão do inadimplemento contratual.

A primeira observação recai literalmente sobre a expressão perdas e danos, que sobre a ótica do professor Villaça (2018) nada mais significa do que os prejuízos, os danos, causados ante o descumprimento obrigacional.

Afirma-se nas palavras do professor a extensão da palavra dano:

A palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representado o resultado de qualquer espécie de lesão (moral, religiosa, econômica, política etc.); entretanto, no prisma jurídica, o dano circunscreve-se à detrimência econômica ou moral. (AZEVEDO, 2018, p. 180)

Em termos que, toda vez que alguém sofrer uma diminuição do seu patrimônio, sofrerá um prejuízo material, ou seja, para caracterizar um dano, deve haver uma redução no acervo dos bens materiais.

Na relação jurídica contratual através de contratos empresariais onde as partes estão em equidade, o dano material sofrido se restringe ao economicamente aferível, ao que ele efetivamente perdeu, limitando-se a bens materiais. (AZEVEDO, 2018, p. 179-180)

Nada obsta que a parte que sofreu o dano, se por acaso tenha alguma perda imaterial (exclusivamente moral), pleiteie em juízo essa perda. Entretanto, no mundo dos negócios além de ser mais difícil de ser provado em virtude da relação de igualdade pressuposta entre as partes, esse dano de fato é mais difícil de ser materializado em razão do corporativismo existente dentro dessa relação.

Por fim, poderá pleitear em juízo a parte que efetivamente perdeu a prestação da qual lhe seria auferida e se pelo fato do inadimplemento sofreu algum dano, lembrando que nas relações empresariais o dano é quase sempre material.

Outrossim, no tangente ao dano sofrido, este se subdivide em duas espécies de dano indenizáveis: o dano emergente e o lucro cessante.

O dano emergente é aquele que está ligado diretamente ao ato ilícito, no caso do objeto em análise ao inadimplemento contratual. Já o lucro cessante, por outro lado, é o que se deixou de auferir em razão do evento danoso, ou como análise em questão ao inadimplemento da prestação.

Caracterizam-se esses danos através do artigo 402 do Código Civil, onde expressa, que abrangem as perdas e danos, além do que o credor, efetivamente, perdeu (dano emergente), o que razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante).

É inegável porém, que o Código ao prever o lucro cessante, recomenda certa moderação e razoabilidade ao estabelecer o seu valor.

Nesse sentido Clóvis Beviláqua, lembra que, embora o Código Civil atual tenha eliminado o parágrafo único do artigo 1.059 do Código de 1.916, ainda resta patente essa ligação com a razoabilidade.

Aduz que, o lucro cessante não deve ser imaginário ou presumido, portanto, o devedor inadimplente responde tão somente pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação. (AZEVEDO, 2018, p. 181-184)

Em remate, expõe Beviláquia:

Se a inexecução resulta de dolo do devedor, não se atende à regra de previsão feita ou meramente possível na data da obrigação (artigo 1.059, parágrafo único), porque não era lícito prever o dolo. Neste caso, as perdas e danos terão maior amplitude, a reparação deverá ser a mais completa que for possível.(BEVILÁQUIA, 1955, página 177, Apud, AZEVEDO, 2018, página 183)

Por isso o atual Código (2002), usa a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar” em seu artigo 402, significa que, “até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria”, nas palavras de Agostinho Alvim (ALVIM, 1972, página 189, Apud, AZEVEDO, 2018, página 184).

8.3 Cláusula penal

A cláusula penal contém sua matéria elencada entre os artigos 408 e 416 do Código Civil, juntamente no título de inadimplemento das obrigações.

Seu conceito, estipula pena, Villaça (2018) define em sua obra a definição da cláusula penal para os romanos:

A cláusula penal, *stipulatio poenae* (estipulação de pena), entre os romanos, também conhecida como multa ou pena convencional, tem-se que é a fixação contratual, por escrito, nos limites da lei, de uma pena, ou sanção de natureza econômica, imposta a quem retardar ou descumprir determinada obrigação assumida. (AZEVEDO, 2018, página 207)

Esclarece o professor Azevedo que a estipulação dessa cláusula, descrita no artigo 409 do Código Civil, pode nascer com a própria obrigação, como uma de suas cláusulas, ou por ato posterior, por intermédio de outro documento firmado pelos contratantes, que passe a integrar a obrigação anterior, (um aditivo contratual, por exemplo).

Deste modo, essa penalidade pode consistir no pagamento de uma soma em dinheiro, ou no cumprimento de qualquer outra obrigação, seja de dar alguma coisa ou de prestar um serviço, desde possa ser convertida pecuniariamente.

Denota-se que a natureza da cláusula penal é exclusivamente acessória, e que o artigo 412 do CC, aduz indubitavelmente a impossibilidade desse valor ser maior do que a obrigação principal.

Dessa maneira, sendo a cláusula penal acessória à obrigação principal, ela não existirá se não em razão da principal, sendo impossível sobrevir uma cláusula penal autônoma, ou seja, impossível se faz a materialização de um instrumento contratual de multa, mas sim uma multa em um contrato de prestação de serviço, de compra e venda ou outro.

A cláusula penal, tem ademais, característica de reforço obrigacional, vez que ela impõe-se para garantir o compromisso da obrigação assumida, assegurando à parte inocente, independente da prova de culpabilidade da outra, em caso de atraso ou de inadimplemento, o recebimento da multa, pelo qual seu conteúdo econômico alude a prévio estabelecimento de prejuízos.

Nesse sentido, a comprovação da culpabilidade, é dispensada à parte inocente que vai invocar a seu favor os benefícios da cláusula penal.

Acrescenta-se que, basta por si só o descumprimento ou mora obrigacional para que a pena convencional seja devida; cabe ao inadimplente ou ao instado em mora escusar-se, provando ausência de culpa sua.

Por fim, indica-se que existem duas espécies de cláusula penal, a compensatória ou moratória.

A multa compensatória, se perfaz perante o completo descumprimento da obrigação principal assumida, visto que ela compensa, ou ao menos procura compensar com o valor estabelecido, a lesão patrimonial causada.

Todavia, se tratar-se de reforço de cláusula especial, a multa será moratória, nesse caso a cobrança, se dará concomitantemente, da obrigação principal e da pena convencional.

A multa moratória, será cobrada em decorrência do retardamento da execução obrigacional, enquanto a compensatória pelo completo inadimplemento da obrigação principal, como exemplo a que estabelece a rescisão de um contrato com prestações sucessivas, e o pagamento de uma soma em dinheiro, caso não seja executada qualquer das parcelas avençadas, daí o sentido compensatório, visto que a multa substituirá a obrigação principal. (AZEVEDO, 2018, p. 207-211)

Importante ressaltar, que seja de caráter compensatório ou moratório a multa é um instrumento pelo qual as partes podem garantir o cumprimento das cláusulas avençadas nos moldes convencionados, sem deixar margem à malícia e a má-fé, já que nos contratos bilaterais ambas fazem jus a imposição da pena se assim ajustado.

8.4 Litigância de má-fé no processo em detrimento à boa-fé objetiva presumida na relação contratual

O Código de Processo Civil (2015), trata da litigância de má-fé em seu artigo 79, artigo 80 e respectivos incisos expondo o rol pelo qual será considerada a litigância exposta nesse subtítulo, e em seu artigo 81 e parágrafos, expõe as medidas judiciais impostas no caso da caracterização da má-fé na litigância.

De todo o exposto pelo trabalho, necessário faz-se análise desse instituto, pois pugna-se em contrário a boa-fé presumida inicialmente pelas partes contratantes.

8.4.1 Estudo do instituto (litigância de má-fé) sob a ótica do Código de Processo Civil

Desta feita, iniciar-se o estudo pelo próprio diploma legal, nas palavras de Montenegro Filho, que descreve que por litigante de má-fé deve se compreender a parte principal, autor e réu e/ou terceiro, quando há denúncia à lide, chamado ao processo, assistente ou oponente.

Outrossim, as partes elencadas acima serão dadas como litigantes de má-fé quando praticarem **atos de forma dolosa** ou com **malícia**, seja pretendendo vantagem processual, retardando a entrega da prestação jurisdicional ou até mesmo evitando a procedência da ação.

Ademais, se o magistrado reconhecer que houve a litigância de má-fé por uma das partes descritas, ele **deve condenar o infrator** ao pagamento da **multa**, haja vista o dispositivo empregado ser **norma cogente**, razão pela qual não há que se falar em discricionariedade da qual geralmente norteia a atuação do magistrado.

Explana Montenegro Filho, que pela simples leitura da norma exposta no artigo 81 do CPC, percebe-se que o magistrado está autorizado a condenar a parte ou o terceiro ao pagamento da multa pela litigância de má-fé de ofício, independente de requerimento da parte contrária.

Aduz ainda, que a multa pode ser imposta tanto em decisão interlocutória devendo nesse caso ser impugnada em preliminar de apelação ou nas contrarrazões; ou imposta na sentença, caso em que deve ser contestada na apelação.

Porém, cabe ressaltar a necessária abertura ao contraditório como condição para a imposição da multa pela litigância de má-fé, vez que a aplicação dos artigos 80 e 81 do CPC, depende indubitavelmente da observância desse princípio, sob pena de nulidade do pronunciamento, salvo, se a litigância de má-fé for evidente.

Ademais, ao contrário da boa-fé que é presumida pelo diploma legal, a má-fé deve ser provada através do cotejo entre a lei e os elementos objetivos do processo, vez que essa última não se presume.

No tangente ao destinatário da multa, o Código deixa claro que esta deve ser revertida para o fundo de modernização do Poder Judiciário criado pela União e pelos estados (art. 97 do CPC).

Necessário faz-se lembrar que, o artigo 80 do Código de Processo Civil, se perfaz por norma geral, prevendo em seus incisos o rol taxativo do qual expõe condutas que podem ser punidas por caracterizar litigância de má-fé.

Porém, não afasta a possibilidade de outros dispositivos do mesmo código ou em leis esparsas preverem a punição da parte e/ou do terceiro pela assunção de condutas predefinidas em seu rol.

Nesse sentido, pode-se citar o artigo 1.026, § 2º do mesmo diploma, no qual explana que o magistrado está autorizado a aplicar multa contra o embargante, quando perceber que o recurso foi utilizado com manifesto propósito protelatório.

E por fim, ante a indenização imposta pelo magistrado, essa deve ser fixada nos autos do processo em que a litigância de má-fé é constatada, devendo o magistrado avaliar os elementos objetivos do processo, aquilatando o dano sofrido pela parte contrária, prolatando de preferência sentença líquida, a fim de viabilizar a imediata instauração da fase de cumprimento de sentença. (MONTENEGRO, 2018, p. 76-79)

8.4.2 Explicação de caso concreto perante a litigância de má-fé e inobservância a boa-fé contratual

Neste tópico explicar-se-á um caso concreto que se enquadra perfeitamente ao objeto em estudo neste trabalho.

Em resumo, perfaz-se por um contrato efetuado entre duas empresas (pessoas jurídicas de direito privado), sendo esse contrato, bilateral e empresarial, onde após passar por todo o procedimento elencado nos títulos anteriores deste trabalho, acabaram por resolver suas divergências frente ao sistema judiciário, vez que a boa-fé presumida perante aquele instrumento contratual perdeu-se pelo caminho do inadimplemento.

A empresa requerente foi contratada para prestar serviços de portaria na sede da empresa requerida, após todas as diligências de praxe no processo de contratação, um único ato, foi relevante para tornar a pretensão em juízo um pouco mais longa do que deveria.

Após passadas as fases de negociação, e a tão esperada fase da aceitação, foram solicitados com urgência o início dos serviços na sede da empresa contratante, fato que efetivou-se dando início a relação jurídica.

Ocorre que, o próprio instrumento contratual após devidamente revisado e assinado pela parte contratada para a prestação do serviço, foi aduzido para o fito da outra parte assinar, porém este não retornou, protelando a parte contratante seu regresso toda vez que lhe era solicitado.

A execução contratual perdurou durante pouco mais de um ano entre as partes, sendo como usual em uma relação contratual, troca de e-mails, envio de notas fiscais para recebimento da prestação, entre outros.

Esta se perfazia no tempo, sendo a obrigação da prestação continuada, através de pagamentos mensais.

Numa dada fase da execução, houve a mora da obrigação por parte da contratante; passando-se semanas e restando em mora ainda, a parte contratada acreditava que a **boa-fé** ainda permanecia naquela relação.

Mesmo porque a parte alegava estar passando por dificuldades financeiras e tão logo se restabeleceria, quitando sua dívida obrigacional.

Porém após três meses restando em mora, e sem condições de arcar com mais uma semana sem receber, a contratada cessou seus serviços.

Assim, não restou outra alternativa, se não a de recorrer ao Judiciário com a finalidade de receber sua prestação.

Deste modo, ajuizou ação de cobrança, pois não tinha em mãos o instrumento contratual, se o tivesse, poderia já com o título executivo extrajudicial, executar o mesmo para receber a avença.

Após algumas diligências processuais, fora marcada audiência de conciliação, na qual a parte requerida (contratante), reconheceu a existência da dívida, mas não realizou nenhuma proposta de acordo em razão de dificuldades financeiras enfrentadas pela mesma.

Ocorre que, para a surpresa da parte requerente (contratada), em contestação a requerida alegou **ausência de boa-fé na cobrança da dívida**, frente à inexistência da relação jurídica de prestação de serviços entre as partes.

Desse modo, não houve outro caminho, se não o de em Réplica aduzir a **litigância de má-fé** da requerida.

Expostas as razões de fato e de direito pelas partes, o juízo de primeiro grau proferiu sentença favorável a parte requerente, julgando procedente o pedido aduzido na inicial, reconhecendo a relação jurídica contratual entre as partes.

Anexo um trecho da decisão, no tangente ao mérito:

Quanto ao mérito, o pedido é *procedente*.

Ao contrário do alegado pela parte requerida, a prestação de serviços de segurança pela parte autora em favor da empresa ré restou robustamente demonstrada nos autos.

Às fls. 123/132 foram coligidas conversas telefônicas e por e-mail onde fica evidenciada a existência de tratativas entre as partes relacionadas à prestação de serviços de segurança pela autora em favor da requerida, inclusive com a participação do preposto.....

.....Às fls. 133/156 há extrato mensal dos funcionários da autora que prestavam serviços em favor da ré, fato mais uma vez deixa corroborar a existência de vínculo entre os litigantes, ainda que tenha se dado de **forma informal**.

(LEMOS, Rita de Cássia Spasini de Souza. Processo nº 1002988-81.2019.8.26.0625, página 210-211, grifo nosso)

Ante ao apontado, vislumbra a real importância de um simples pedaço de papel, somado a algumas palavras com condão de regência textual, vê-se portanto, a pertinência do instrumento contratual não só para uma parte, mas para toda a sociedade empresária, haja visto tal relação se dar por forma informal, perante a ausência do contrato; de sorte restou ao menos provada informalmente a relação por outros meios.

Porém, no tangente a má-fé, acostada em réplica pela parte requerente, esta não restou demonstrada: “Não vislumbro a prática de **má-fé** por nenhuma das partes”, (Processo nº 1002988-81.2019.8.26.0625, página 211), evidenciando que a prática é fiel teoria, na qual a boa-fé é sempre presumida e a má-fé tem de ser indiscutivelmente provada, a fim de não restar um fio de dúvida para sua caracterização.

Atualmente o processo citado está na fase de cumprimento de sentença, mesmo a parte vencida tendo recorrido da sentença, o Tribunal manteve a decisão de primeiro grau no tangente ao mérito da demanda, tendo reformado a em favor à requerida/recorrente somente o pedido preliminar de gratuidade de justiça pleiteado por ela desde o início.

8.4.3 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça frente a condenação pela litigância de má-fé em contrapartida ao princípio da boa-fé objetiva

Importante salientar, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, desta feita o Tribunal protege o respeito à boa-fé objetiva, e reconhece o inadimplemento contratual em sua modalidade de violação na

esfera da boa-fé, como aludido no AREsp 718.523, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 22.06.2015 : “Ora, facilmente se observa que os réus descumpriram os deveres anexos à Boa-fé objetiva, tendo praticado a chamada violação positiva do contrato”.(GALLOTTI, 2015, Apud, SANCHES, 2015, não paginado)

Por iguais razões, em outra oportunidade o Tribunal Superior ratifica a objetividade da responsabilidade, conforme se esclarece no AREsp 262.823, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29.04.2015:

Da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato e sua consequente reparação civil, independente de culpa. (GALLOTTI, 2015, Apud, SANCHES, 2015, não paginado)

Nota-se que, o entendimento jurisprudencial perante o princípio da boa-fé objetivado no direito contratual, expõe a relevância em vigiar os deveres contratuais, mesmo quando estes não estão expressamente estabelecidos no acordo.

Neste mesmo sentido, Antônio Sanches conclui em seu texto que:

Mister se impõe condutas de ajuda recíproca entre as partes para, além do objeto contratual, permitir o cumprimento do contrato da maneira que mais beneficie cada uma das partes, impedindo prejuízos da parte contrária para o cumprimento do contrato, contribuindo para que a parte contrária consiga adimplir suas obrigações, não criando empecilhos, bem como mitigando suas perdas para que o ressarcimento impacte o menos possível a parte contrária. (SANCHES, 2015, não paginado)

Ademais, é de clareza vítreia o comumente cumprimento do Tribunal em guardar o princípio da boa-fé em seus julgados, logrando sempre em comunhão com o que o Código Civil e a doutrina pregam no tangente a este instituto, que é o da observância a probidade, equidade e retidão.

Não obstante ao instituto da boa-fé e sim paralelo a ele, anda a litigância de má-fé, porém este previsto em norma processual.

Aqui diferentemente do primeiro, tal qual perfaz-se perante o direito material, a litigância de má-fé é prevista já em fase processual, visando a retidão e boa-fé as partes litigantes até mesmo dentro do processo.

A posição do Superior Tribunal de Justiça perante a sanção da litigância de má-fé, tem delimitado as punições nos casos em que ocorre o abuso do direito de recorrer ou quando uma das partes do processo litiga intencionalmente com deslealdade.

No tangente a interposição de recursos cabíveis no processo, já está consolidado no Superior Tribunal, que essa por si só, não implica litigância de má-fé.

Em destaque, fundamenta a ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.333.425:

A mera interposição do recurso cabível, ainda que com argumentos reiteradamente refutados pelo Tribunal de origem ou sem a alegação de qualquer fundamento novo, apto a rebater a decisão recorrida, não traduz má-fé nem justifica a aplicação de multa. (ANDRIGHI, Apud, CONJUR, 2019, não paginado)

E no tangente à indução a erro, ou imprecisão das informações aduzidas no inciso II do artigo 80 do CPC, a condenação por litigância de má-fé somente será possível se ficar demonstrado que houve alteração da verdade com a intenção de induzir o juiz ao erro. (Entendimento aplicado pela 3ª Turma de Justiça da Bahia ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) no REsp 1.641.154.

Ademais entende o Tribunal que para aplicação da penalidade de multa pela litigância de má-fé é estritamente necessário que fique provado o dano processual em virtude do recurso interposto.

Necessário ainda ressaltar que, tal penalidade não pode ser aplicada contra advogado, seja este público ou privado, incluindo membro da Defensoria Pública ou do Ministério Público, em decorrência de sua atuação profissional.

O entendimento foi firmado em decorrência de um mandado de segurança, que correu em segredo de justiça, no qual estabeleceu o colegiado, que no tangente a esses atos praticados por profissionais no exercício de suas funções devem ser apurados pelo órgão de classe ou categoria. (CONJUR, 2019, não paginado)

Pode-se concluir perante ao estudo do presente capítulo, que embora os institutos da boa-fé e da litigância de má-fé estejam em diferentes planos do direito, sendo o primeiro no plano material e o segundo no plano processual; ambos visam aduzir, nas partes ora contratantes, ora litigantes, nas palavras de

Maria Helena Diniz: “um padrão comportamental a ser seguido baseado na lealdade e na probidade (integridade de caráter), proibindo o comportamento contraditório, impedindo o exercício abusivo de direito”.....(DINIZ, 2014, p. 418, Apud, SANCHES, 2015, não paginado)

Desta feita, encerra-se a exposição sobre o assunto objeto do presente trabalho, por conseguinte elencar-se-á as considerações finais sobre referido conteúdo.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho analisou-se a importância em manter a boa-fé durante todo o processo da elaboração, aceitação, conclusão, execução e também extinção de um contrato firmado entre empresas.

Analisou-se todas as fases procedimentais de formação de um contrato bilateral empresarial, bem como se esmiuçou o princípio da boa-fé atinente na conduta pessoal e presumida das partes contratantes.

A opção pelo tema deu-se em razão de que desde os primórdios em que o homem vive em sociedade o contrato faz parte de sua vida cotidiana.

A importância em estudá-lo no meio acadêmico, sucedeu-se pelo fato do tema não ter muito enfoque, principalmente na graduação, daí a necessidade de explorá-lo mais a fundo, visto também ele se fazer presente no dia-a-dia dos empresários.

Ademais, empresas privadas, especialmente as pequenas e médias empresas, movimentam a maior parte da economia do país, contribuindo de maneira sólida para o crescimento de toda a sociedade.

Os resultados, bem como a conclusão geral da pesquisa, incorreram ao raciocínio de que a boa-fé preza por um caminho de retidão e obediência ao que foi acordado em princípio pelas partes.

Todavia, se no meio do caminho desse acordo de vontades uma ou ambas partes desviarem da conduta proba exigida pelo princípio boa-fé, um terceiro adentrará à relação com o fito de reestabelecer a ordem no sentido de fazer valer o que inicialmente se acordou entre elas.

Outrossim, esse processo, torna tudo menos satisfatório para a parte lesada e requer custos para pleitear a pretensão em juízo, ou seja, um contrato

que antes seria instrumento de lucro a fim de movimentar a economia do país, torna-se objeto de despesas e transtornos, principalmente para a parte que não incorreu em má-fé, e que não se desviou do inicialmente proposto.

Por sorte, o judiciário prega por intermédio das próprias leis e costumes a coerência e o comportamento íntegro, tanto das partes contratantes no que tange ao direito material, quanto das partes litigantes no tangente ao direito processual.

Sendo assim, os objetivos e problemáticas aduzidas na seção de introdução deste trabalho, foram concluídos e esclarecidos, no sentido de que o judiciário supre a questão controvertida, retomando a convergência da relação.

Em suma, foi exposto que mesmo havendo um desgaste emocional e material para aduzir uma pretensão contratual não adimplida em juízo, este por sua vez, garantirá para que seja sanado o desvio da conduta reta exigida pelo princípio da boa-fé atinente durante toda a relação contratual.

E não somente isso, mas o juízo também irá penalizar se necessário, pautado em diploma processual, a parte que agir com má-fé no percurso do processo judiciário.

Por fim, sucede-se as enumerações conclusivas de que o tema objeto deste trabalho evoluiu com o passar dos anos, porém o comportamento alusivo do homem contratante pode em qualquer momento da relação modificar seu curso natural, necessitando enfim em recorrer-se a um terceiro, como igualmente o era nos primórdios da vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

A exceção de contrato não cumprido na prestação de serviços.....[s.], 2020.

Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5875/A-excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-prestacao-de-servicos-publicos#:~:text=2%20A%20EXCEPTIO%20NON%20ADIMPLETI,contr%C3%A1ria%20tamb%C3%A9m%20n%C3%A3o%20o%20fez%22>. Acesso em: 08 de set. de 2020.

ANIMUS – Dicionário de Latim. **Dicionário de Latim Online**: significados de palavras e expressões em latim. [s.], 2007-2019.

Disponível em:

<https://www.dicionariodelatim.com.br/animus/> Acesso em: 14 set. 2019.

(E- book) AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos. v 3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Disponível em:

http://sibi.unitau.com.br/sophia_web/asp/plataforma_digital.asp?codigo=2635745&IndexSrv=1&obra=241405&idioma=0 Acesso em: 10 jun. 2020

(E- book) AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Disponível em:

http://sibi.unitau.com.br/sophia_web/asp/plataforma_digital.asp?codigo=2963372&IndexSrv=1&obra=254733&idioma=0 Acesso em: 18 de set. 2020.

BRASIL. **Decreto- lei n. 4.657, de 4 de set. de 1.942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela lei 12.376 de 2010. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 4 de set. de 1.942.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm Acesso em: 14 set. 2020.

CLÁUSULA LEONINA- JURÍDICOS. [s.], 25 jul. 2019.

Disponível em:

<https://www.juridicos.com.br/clusula-leonina/> Acesso em 15 de maio de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÓDIGO de hamurabi- Polícia Militar. [s.], [18-?], p.22.

Disponível em:

http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/C%C3%93DIGO%20DE%20HAMURABI.pdf Acesso em: 05 de set. 2019.

DICIONÁRIO de Latim Forense.

Disponível em:

https://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/p/12/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html. Acesso em: 14 de maio de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESCALADA Ponteana- **JUS BRASIL**. [s./], 2020, não paginado.

Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27254288/escada-ponteana#:~:text=A%20Teoria%20da%20Escada%20Ponteana%20consiste%20na%20defini%C3%A7%C3%A3o%20de%20uma,seu%20criador%2C%20Pontes%20de%20Miranda>. Acesso em 14 de jun. de 2020.

Ex- Tunc- **Dicionário Jurídico**- DireitoNet. [s./], 18 de jul. de 2018, não paginado.

Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/884/Ex-tunc#:~:text=Termo%20jur%C3%ADdico%20em%20latim%20que,seus%20efeitos%20tamb%C3%A9m%20no%20passado>. Acesso em 30 de jul. de 2020.

FIDES- **Latim-Português- Dicionário**- Glosbe

Disponível em:

<https://pt.glosbe.com/la/pt/fides> Acesso em: 19 de maio de 2020.

(E- book) GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Disponível em:

http://sibi.unitau.com.br/sophia_web/asp/plataforma_digital.asp?codigo=2734998&IndexSrv=1&obra=246426&idioma=0 Acesso em: 14 de maio de 2020.

(E- book) GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 3.

Contratos e Atos Unilaterais. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Disponível em:

http://sibi.unitau.com.br/sophia_web/asp/plataforma_digital.asp?codigo=2646845&IndexSrv=1&obra=241971&idioma=0 Acesso em: 17 de maio de 2020.

JURÍDICO- DICIO, **Dicionário Online de Português**. [s./], março de 2018.

Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/juridico/> Acesso em 15 de maio de 2020.

CONJUR. **Jurisprudência do STJ delimita punições por litigância de má-fé**. 2019, não paginado.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/jurisprudencia-stj-delimita-punicoes-litigancia-ma-fe> Acesso em: 25 set. 2020.

(E- book) LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. v. 3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Disponível em:

http://sibi.unitau.com.br/sophia_web/asp/plataforma_digital.asp?codigo=2646175&IndexSrv=1&obra=241940&idioma=0 Acesso em: 17 de maio de 2020.

MINI Aurélio: o dicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

(E- book) MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Disponível em:

http://sibi.unitau.com.br/sophia_web/asp/plataforma_digital.asp?codigo=3034773&IndexSrv=1&obra=257814&idioma=0 Acesso em: 23 set. 2020.

(E- book) NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** v. 3. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Disponível em:

http://sibi.unitau.com.br/sophia_web/asp/plataforma_digital.asp?codigo=2899762&IndexSrv=1&obra=251998&idioma=0 Acesso em: 1 set. 2020.

OBLATO- **Wikipédia, a enciclopédia livre.** [s.l.], jun. de 2020, não paginado.

Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Oblato> Acesso em: 14 jun. 2020.

O que se entende por contrato entre presentes ou inter....., set. de 2020, não paginado.

Disponível em:

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2027889/o-que-se-entende-por-contrato-entre-presentes-ou-inter-praesentes-jose-augusto-de-paula-silva#:~:text=Agosto%20de%202020-,O%20que%20se%20entende%20por%20contrato%20entre%20presentes%20ou%20inter,Jos%C3%A9%20Augusto%20de%20Paula%20Silva&text=%C3%89%20aquele%20em%20que%20n%C3%A3o,o%20MSN%2C%20a%20videoco nfer%C3%AAncia%20etc.>

Princípios da teoria do adimplemento substancial- **Âmbito....** São Paulo, 1 de jun. de 2008.

Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/principios-da-teoria-do-adimplemento-substancial/> Acesso em 30 de jul. de 2020.

Policitação – **Dicio, Dicionário Online de Português.** [s.l.], 2020, não paginado.

Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/policitacao/> Acesso em 04 de set. de 2020.

Puntução – **Dicionário informal.** [s.l.], 2020, não paginado.

Disponível em:

<https://www.dicionarioinformal.com.br/puntua%C3%A7%C3%A3o/#:~:text=1.,Puntua%C3%A7%C3%A3o&text=Termo%20jur%C3%ADico%20que%20define%20uma,%C3%A0s%20negocia%C3%B5es%20ou%20tratativas%20preliminares.> Acesso em: 04 de set. de 2020.

PROPONENTE- **Dicio, Dicionário Online de Português**. [s./], jun. de 2020, não paginado.

Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/proponente/> Acesso em: 14 jun. 2020.

CERA, Denise Cristina Mantovani. **Quais são os elementos que compõem a teoria da imprevisão.....**, 2010, não paginado.

Disponível em:

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2527699/quais-sao-os-elementos-que-compoem-a-teoria-da-imprevisao-denise-cristina-mantovani-cera> Acesso em: 25 set. 2020.

RECEPTÍCIO- **Dicionário informal**. [s./], jun. 2020, não paginado.

Disponível em:

[https://www.dicionarioinformal.com.br/recept%C3%ADcio/#:~:text=Recept%C3%ADcio,-Significado%20de%20Recept%C3%ADcio&text=No%20Direito%20Civil%20brasileiro%2C%20o,Promessa%20de%20recompensa\).](https://www.dicionarioinformal.com.br/recept%C3%ADcio/#:~:text=Recept%C3%ADcio,-Significado%20de%20Recept%C3%ADcio&text=No%20Direito%20Civil%20brasileiro%2C%20o,Promessa%20de%20recompensa).) Acesso em: 14 jun. 2020.

RESPONSABILIDADE AQUILIANA- **Dicionário Jurídico- Direito Net**. [s./], jun. de 2020. Não paginado.

Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/985/Responsabilidade-aquiliana#:~:text=Trata%2Dse%20de%20responsabilidade%20objetiva,outrem%2C%20ainda%20que%20exclusivamente%20moral.> Acesso em: 14 de jun. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Contratos Empresariais - Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo, jul. 2018.

Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/252/edicao-1/contratos-empresariais> Acesso em: 14 de maio de 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANCHES, Antônio. **O princípio da boa-fé objetiva e a violação positiva do contrato na jurisprudência atual do TJ/SP e do STJ**. 2015, não paginado.

Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/230978/o-principio-da-boa-fe-objetiva-e-a-violacao-positiva-do-contrato-na-jurisprudencia-atual-do-tj-sp-e-do-stj> Acesso em: 25 set. 2020.

SEBRAE. **Micro e Pequenas Empresas geram 27% do PIB no país**. Mato Grosso, 24 de jul. 2014.

Disponível em:

<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil> Acesso em: 10 set. 2019.

SIGABINAZZE, Alexandre. **A Evolução do Direito Contratual**. [s./], 17 de set. de 2016.

Disponível em:

<https://alexandremarcello.jusbrasil.com.br/artigos/385381199/a-evolucao-do-direito-contratual> Acesso em: 09 set. 2019.

SIGNIFICADO de pacta sunt servanda: (O que é, conceito e[s./], 18 de dez. de 2018.

Disponível em:

<https://www.google.com/search?q=significado+expressão+pacta+sunt+servanda&oq=significado+pacta+sunt+&aqs=chrome.2.69i57j0l5.20024j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> Acesso em: 14 set. 2019.

SIGNIFICADO DE TRADIÇÃO: A palavra tradição deriva do latim...[s./], set. de 2020.

Disponível em:

<https://www.dicionarioinformal.com.br/significado/tradi%C3%A7%C3%A3o/2356/> Acesso em: 2 de set. de 2020

VADE Mecum. Exame de Ordem e Concursos. *In*: **Lei nº 10.406 de 10 de jan. de 2002. Código Civil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.