



**Universidade do Estado do Rio de
Janeiro**

Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Erick da Silva Regis

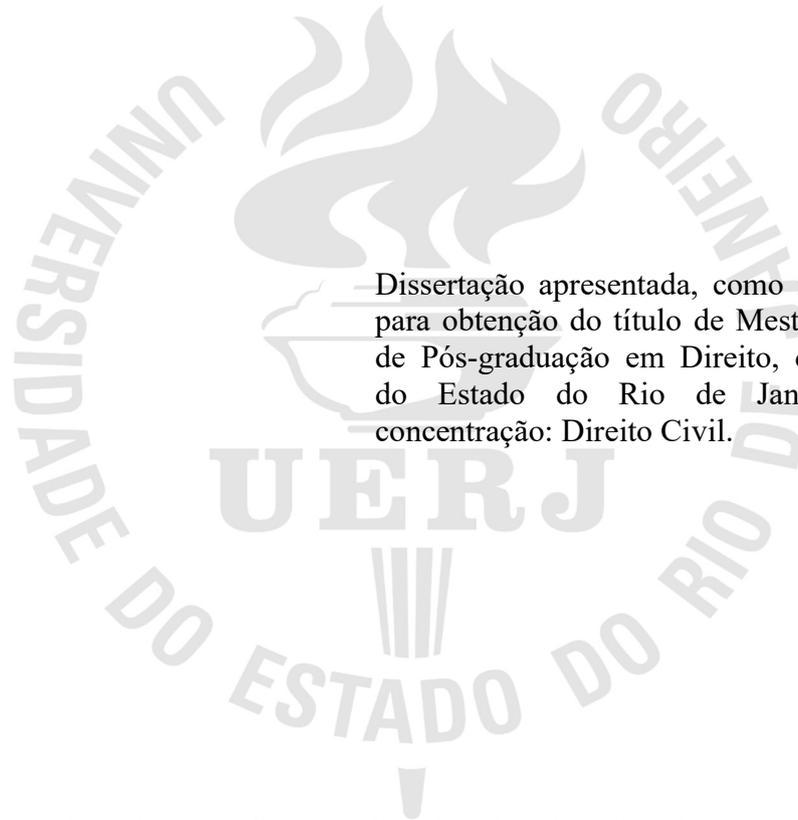
**Execução pelo equivalente: suporte fático, operatividade, efeitos e
quantificação**

Rio de Janeiro

2022

Erick da Silva Regis

Execução pelo equivalente: suporte fático, operatividade, efeitos e quantificação



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof.^a Dra. Aline de Miranda Valverde Terra

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R337 Regis, Erick da Silva.
Execução pelo equivalente: suporte fático, operatividade, efeitos e
quantificação / Erick da Silva Regis. – 2022.

172 f.

Orientadora: Prof.^a Dra. Aline de Miranda Valverde Terra.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito das obrigações - Teses. 2. Direito privado - Teses. 3.
Adimplemento e inadimplemento - Teses. I. Terra, Aline de Miranda
Valverde. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de
Direito. III. Título.

CDU 347.447

Bibliotecária Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Erick da Silva Regis

Execução pelo equivalente: suporte fático, operatividade, efeitos e quantificação

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 24 de maio de 2022.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Aline de Miranda Valverde Terra (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

À minha amada mãe, que possa levar seu brilho, alegria e calor humano para o reino dos céus; obrigado por, ao lado dos anjos e de Deus, me dar força e luz para encerrar projetos em andamento quando de sua ida. A sua neta não teve a oportunidade de vê-la, mas sente diariamente a sua proteção, amor e carinho. O meu agradecimento eterno por tudo o que você foi, é e sempre será em minha vida.

À minha amada esposa Pâmela, por, ao meu lado, enfrentar todas as batalhas e viver todas as alegrias que a vida já nos proporcionou e ainda nos proporcionará. E por ter me dado a nossa pequena Camilla, luz maior das nossas vidas. Eu te amo.

À minha amada filha Camilla. Minha “pitota”, você já nasceu brava e uma verdadeira guerreira, com a suavidade, alegria e teimosia de uma linda princesa. Papai te ama.

À minha amada sogra Valéria, por estar sempre presente, nos momentos bons e ruins, com o mais puro amor e altruísmo. Equivalência existencial não há, é de se notar, mas sinto-me amado como se fosse um filho, e é com esse sentimento que amo de volta; pois o amor vem da vida, e a vida vem do amor.

Ao meu amado cunhado Thiago, irmão que a vida me deu, obrigado por toda a ajuda, parceria e amizade.

AGRADECIMENTOS

De maneira breve, gostaria de agradecer àqueles sem os quais essa grande jornada não teria sido possível. Antecipadamente, lembro de uma frase que ouvi há muito tempo, em um curso de pós-graduação *lato sensu*: “o mestrado mudou a minha vida”. Curioso, aventurei-me nessa jornada. E posso afirmar algo similar: a minha vida mudou no mestrado.

Muitas coisas aconteceram durante todo o período no qual tive o prazer de desfrutar do contato e da companhia dos queridos e ilustres professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), assim como do afetuoso contato com os colegas mestrandos e doutorandos da linha de Direito Civil. Inclusive, um cenário pandêmico inesperado que, ao que tudo indica – e assim se espera –, já está se arrefecendo.

O meu principal e maior agradecimento, sem dúvida, é à minha falecida mãe. Ela se foi no curso dessa jornada, mas, sem dúvida, me acompanhou em cada passo, e na digitação de cada letra desta dissertação. Mãe, agradeço por tudo; e é *tudo* o que posso dizer. Você não viu a sua neta nascer, mas sei que ela sente a sua luz e calor por perto, todos os dias.

Minha esposa Pâmela, obrigado por ser quem você é e por me fazer quem sou. E por me dar o maior presente que um ser humano pode receber: a nossa linda filha, a nossa Camillinha. A propósito, filha, você também chegou no curso deste grande projeto e foi uma fonte de inspiração a cada dia. Sua força e determinação, já em seus primeiros dias de vida, iluminaram meu coração e minha mente. Minha querida sogra Valéria e meu querido cunhado Thiago, vocês foram pedras fundamentais dessa edificação. Sem o apoio de vocês, durante todo esse período, nada teria sido possível. Obrigado a todos, de coração. E também agradeço aos queridos amigos e familiares que compreenderam a necessária ausência em alguns momentos.

Deixo o meu sincero agradecimento aos queridos professores Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva, Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Anderson Schreiber, Eduardo Nunes, Carlos Nelson Konder e Aline de Miranda Valverde Terra, a quem deixo o meu especial agradecimento por sua generosa orientação.

A todos os amigos e amigas com quem dividi a maior parte dessa importante jornada de crescimento profissional, acadêmico e pessoal, integrantes da turma que ingressou no

mestrado no ano de 2019, também deixo o meu agradecimento, em especial, para Renata Szczerbacki, Marília Lopes e Mariana Vasconcellos.

Por fim, obrigado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

“O tigre da manhã espreita pelas venezianas. O Vento fareja tudo. Nos cais, os guindastes domesticados dinossauros – erguem a carga do dia”.

Mario Quintana

RESUMO

REGIS, Erick da Silva. *Execução pelo equivalente: suporte fático, operatividade, efeitos e quantificação*. 2022. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

O presente estudo analisa o remédio contratual da execução pelo equivalente, previsto no art. 475 do Código Civil, a partir da releitura do direito privado à luz da axiologia constitucional, com foco na dogmática obrigacional contemporânea, cuja estrutura jurídica, baseada historicamente no elemento subjetivo, que envolve credor e devedor, no vínculo jurídico e no adimplemento sob o prisma da subjugação do devedor pelo credor, vem dando espaço, funcionalmente: (i) ao conceito de situações jurídicas subjetivas ativa (credor) e passiva (devedor), que englobam direitos e deveres para ambos os polos da relação jurídica, e outras categorias, como faculdades e ônus; e (ii) ao conceito de relações obrigacionais como um processo axiológico, cooperativo e solidário, polarizado em direção ao adimplemento, que passa a ser jungido sob tríplice transformação: quanto ao conceito, ao tempo e aos seus efeitos. Nessa dinâmica, novos institutos jurídicos passam a ser desenvolvidos para dar azo à relação obrigacional, relacionados ao momento patológico do contrato, notadamente, ao inadimplemento relativo (mora) e/ou absoluto. É o caso do adimplemento substancial, do inadimplemento anterior ao termo e do período de graça. O presente estudo decorre da necessidade de: (i) se visualizar novos institutos jurídicos para nortear as consequências do adimplemento/inadimplemento e (ii) de se promover uma releitura de institutos e remédios contratuais previstos na norma legal, mas que sempre foram pouco utilizados ou nem mesmo percebidos. A execução pelo equivalente se enquadra nessa segunda hipótese. A presente análise apura a chancela do ordenamento jurídico brasileiro à execução pelo equivalente, à luz: dos enunciados normativos do Código Civil; da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; e da doutrina. Busca-se, assim, analisar o seu suporte fático, operatividade, efeitos e meios/critérios de quantificação. Avalia-se a relação entre o remédio da execução pelo equivalente e o seu suporte fático: o inadimplemento absoluto, e a necessidade de sua diferenciação em relação à execução específica. Alude-se ao mecanismo da sub-rogação real, que admite a transformação pontual do objeto prestacional em seu equivalente em dinheiro, mantendo-se nos demais termos a relação jurídica, assim como a relação entre a execução pelo equivalente e o binômio débito/responsabilidade, diferenciando-se o valor equivalente da indenização porventura cabível a partir do inadimplemento contratual, com a qual pode ser cumulado o equivalente. Também se realiza um debate entre a doutrina que nega a existência da execução pelo equivalente e aquela que a admite sob roupagem diversa, demonstrando-se, por fim, que eventual indenização a título de perdas e danos deverá se basear no interesse positivo. Apresentam-se, ademais: (i) meios para a quantificação do valor equivalente, lastreando-se em cláusulas contratuais e na gestão positiva e negativa dos riscos inerentes à álea normal do contrato, e em métodos de fixação judicial; e (ii) critérios gerais para fixação do equivalente em dinheiro. Por fim, faz-se uma análise sobre o vocábulo “execução”, do

remédio da execução pelo equivalente, para demonstrar que, a despeito da alusão a uma execução, o credor pode valer-se da execução forçada e de ação judicial pelo procedimento comum para materializar o equivalente em dinheiro.

Palavras-chave: Direito privado. Direito das obrigações. Inadimplemento absoluto. Remédios contratuais. Execução pelo equivalente. Quantificação.

ABSTRACT

REGIS, Erick da Silva. *Enforcement by the equivalent: factual support, operability, effects and quantification*. 2022. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The present study analyzes the enforcement by the equivalent, provided for in art. 475 of the Civil Code, from the reinterpretation of private law in the light of constitutional axiology, focusing on the functionalization of the law of obligations, whose legal structure, historically based on the subjective element, which involves creditor and debtor, in the legal bond and in the performance under the prism of subjugation of the debtor by the creditor, has been giving space, functionally: (i) to the concept of active (creditor) and passive (debtor) subjective legal situations, which encompass rights and duties for both poles of the legal relationship, and other categories, as faculties and burden; and (ii) the concept of legal relationships, seen as a cooperative and solidary axiological process, polarized towards performance, which starts to be seen under a triple transformation: in terms of concept, time and its effects. In this dynamic, new legal institutes are being developed to give rise to the legal relationship, many related to the pathological moment of the contract, notably, to the relative default (delay) and/or absolute. This is the case of substantial performance, of default prior to the term and of the grace period. The present study stems from the need to: (i) visualize new legal institutes to guide the consequences of performance/default and (ii) promote a reinterpretation of contractual institutes and remedies provided for in the legal norm, but which have always been not even noticed. The present analysis evaluates the seal of the Brazilian legal system to the enforcement by the equivalent, in the light of: the normative statements of the Civil Code; the jurisprudence of the Superior Court of Justice; and the doctrine. The relationship between the remedy of enforcement by the equivalent and its factual support is investigated: the absolute default, and the need for its differentiation in relation to the specific enforcement, which is based on the factual support of default. Reference is made to the royal subrogation, which admits the punctual transformation of the obligation object into its equivalent, maintaining the legal relationship in other terms, as well as the relationship between the enforcement by the equivalent and the debt/liability, differentiating the equivalent value of the indemnity that may be applicable from the contractual default, with which the equivalent can be cumulated. There is also a debate between the doctrine that denies the existence of enforcement by the equivalent and the one that admits it under different guises, demonstrating, finally, that any compensation for damages should be based on positive interest. Also, the following are presented: (i) means for quantifying the equivalent, based on contractual clauses and the positive and negative management of the risks inherent to the contract, and methods of judicial determination; and (ii) general criteria for setting the equivalent. Finally, an analysis is made of the word "enforcement", of the enforcement by the equivalent, to demonstrate that, despite the allusion to an enforcement, the creditor can use enforcement and legal action by the common procedure, to materialize the equivalent.

Keywords: Private law. Law of obligations. Absolute default. Contractual remedies.

Enforcement by the equivalente. Quantification.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE NA DOGMÁTICA OBRIGACIONAL	16
1.1	CONTEMPORÂNEA.....	16
1.2	Constituição de 1988 e funcionalização do direito	22
1.3	privado.....	28
1.4	Direito civil-constitucional e ressignificação dos	31
1.4.1	institutos.....	34
1.4.2	Execução pelo	35
1.4.3	equivalente.....	39
1.5	Relações obrigacionais e execução pelo	41
2	equivalente.....	
	<u>Credor e devedor: situações jurídicas subjetivas ativa e</u>	44
2.1	<u>passiva.....</u>	47
2.2	<u>Vínculo jurídico, relação jurídica complexa e</u>	60
2.3	<u>objeto.....</u>	74
2.4	<u>Tríplice transformação do adimplemento e execução pelo</u>	77
2.5	<u>equivalente.....</u>	83
3	Execução pelo equivalente e coerência lógico-	87
3.1	sistemática.....	87
3.1.1	EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE: SUPORTE FÁTICO,	88
3.1.1.1	OPERATIVIDADE	E 95
3.1.1.2	EFEITOS.....	102
3.1.1.2.1	Inadimplemento absoluto e execução pelo	107
3.1.1.2.2	equivalente.....	112
3.1.1.2.3	Débito/responsabilidade e execução pelo	118
3.1.1.3	equivalente.....	125
3.1.1.4	Sub-rogação real e execução pelo	130
3.1.2	equivalente.....	136
3.1.3	Direito potestativo e execução pelo	139
3.2	equivalente.....	147
	Perdas e danos pelo interesse positivo e execução pelo	

equivalente.....	
QUANTIFICAÇÃO	DO
EQUIVALENTE	
O equivalente entre o “como” e o	
“quanto”	
<u>Gestão positiva e negativa de riscos contratuais e o</u>	
<u>equivalente</u>	
Gestão positiva de riscos contratuais e o	
equivalente.....	
Gestão negativa de riscos contratuais e o	
equivalente.....	
Arbitramento	por
terceiro.....	
Taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e	
lugar.....	
Índices	e
parâmetros.....	
Definição pelos próprios contratantes e o	
equivalente.....	
<i>Wash-out</i> : exemplo de gestão de risco e execução pelo	
equivalente?.....	
<u>Liquidação ou arbitramento judicial e o equivalente</u>	
<u>Critérios gerais para definição do equivalente</u>	
“Execução”	pele
equivalente	
CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS	160

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e sua axiologia humanista e solidarista, o ordenamento jurídico brasileiro passou por uma alteração qualitativa de perspectiva, partindo de uma base originalmente patrimonialista e privatista, ainda embebida no ideal revolucionário burguês espelhado no Código Civil de 1916, para alcançar valores de base pautados na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que difundiu, também nas relações de direito privado, uma verdadeira ressignificação principiológica.¹

As mudanças são notórias. Algumas estão estampadas no texto do Código Civil de 2002, que, embora tenha seu nascedouro ainda no período ditatorial – a despeito de sua tardia promulgação –, deixando, portanto, de abordar de maneira mais significativa mudanças relevantes nas relações de direito privado, ainda assim, foi capaz de trazer um singelo esboço de uma axiologia inovadora, por exemplo, para o direito contratual, como se observa a partir da chancela aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que, somados ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, caminham ao lado dos princípios tidos como “clássicos”, da autonomia da vontade, da relatividade dos contratos e do *pacta sunt servanda*.²

Ocorre que, mesmo essa evolução normativa relevante não foi capaz de exaurir o necessário processo de potencialização dos institutos de direito privado à perspectiva solidarista que permeia o ordenamento jurídico nacional; o novel diploma normativo civilista carece, até os dias atuais, de influxos nesse sentido.³

Desse modo, a metodologia do direito civil-constitucional surge com o ideal de promover a releitura do direito civil à luz da constituição, a fim de que, mais do que pontuais espasmos de uma axiologia pautada no atendimento à dignidade da pessoa humana, como os que podem ser timidamente vistos no Código Civil de 2002, os institutos jurídicos em geral

¹ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith; CARLOS BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 519-520. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (de pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019, p. 92. TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 531-564.

² SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 3-27, out./dez. 2007

³ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-24.

possam, de fato, ter a sua estrutura e poder jurídico vocacionados ao atendimento de sua função, à luz de seu *locus* efetivo e verdadeiro no sistema jurídico, tendo como norte cardinal os valores encampados pela Constituição Federal de 1988.⁴

Um dos maiores exemplos de evolução nesse sentido, sem dúvida, é o campo fértil do direito das obrigações, baseado, ao longo da história, em uma ótica de sobreposição subjetiva, que limitava a noção de vínculo entre credor e devedor a uma ótica monolítica e linear: este era visto em posição de subjugação em relação àquele. O vínculo jurídico era visto sob perspectiva eminentemente estática, chancelando a posição do credor sobre o devedor, que deveria, sob todas as óticas, cumprir a prestação avençada, adimplindo-a sobremaneira. Hoje, a relação obrigacional é vista sob perspectiva diversa: seus elementos estruturais assumiram feição remodelada, em prol de um dinamismo que permite potencializar esse relevante ramo do direito civil e do direito privado em geral.⁵

Com efeito, o elemento subjetivo, caracterizado pelas figuras do credor e do devedor, em análise que se baseia no conceito de sujeitos de direito, dá lugar à noção de titulares de situações jurídicas subjetivas ativa (credor) e passiva (devedor), sob a perspectiva da pessoa humana. Assim, além de direitos subjetivos e deveres recíprocos, também passam a possuir, credor e devedor, organicamente, por sua própria titularidade, ônus, faculdades, direitos potestativos, entre outras categorias jurídicas. O vínculo jurídico passa a se sujeitar, portanto, ao arrefecimento da impermeabilidade axiológica de outrora, recebendo influxos funcionais de um conceito inovador de relação jurídica obrigacional, com base no qual passam a se relacionar diretamente as situações jurídicas subjetivas ativa e passiva, não mais guardando, o polo ativo, apenas direitos, e o passivo, apenas deveres, sob o enfoque de outrora.⁶

Essas mudanças foram sentidas em todos os aspectos do direito das obrigações, que, tendo por base a lição de Clóvis V. do Couto e Silva, passou a se basear no conceito de “obrigação como processo”,⁷ que engloba atos complexos e concatenados, praticados de maneira organizada, dinâmica e em direção e sentido já definidos, entre direitos e deveres a serem exercidos por credores e devedores, polarizado rumo ao efetivo adimplemento. A água

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 401-402.

⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 75-76. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 5.

⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 46 e 217.

⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20-21.

de lastro desse processo obrigacional passa a ser o interesse útil do credor, que não mais se apresenta como um interesse tirano, de superioridade relacional sobre o devedor, mas sim, como um interesse que passa a figurar como guia idôneo de direcionamento da relação obrigacional.⁸

Sob essa perspectiva, é possível se observar, ainda, a tríplice transformação do adimplemento/inadimplemento, quanto ao seu conceito, ao tempo e aos seus efeitos, evidenciando que a linearidade estática do passado, que permeou o direito das obrigações durante toda a história, deu lugar a um prisma dinâmico, admitindo-se alterações na própria finalidade da relação obrigacional, que é alcançar o efetivo adimplemento, a fim de, à luz da boa-fé objetiva, permitir que institutos jurídicos e remédios contratuais possam ser adaptados funcionalmente ao resultado útil programado originalmente.⁹

Busca-se, dessa forma, evitar consequências gravosas e deletérias ao prumo da relação obrigacional, que não se coadunam com as novas bases que chancelam o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente à luz da boa-fé objetiva, com a irradiação de deveres primários e secundários, e suas funções interpretativa, de impedimento de exercício abusivo de posições jurídicas e geradora de deveres anexos.

Essa ótica é relevante para o objeto do presente estudo. Isso porque, diante das significativas mudanças vivenciadas no ramo do direito das obrigações – e no direito privado em geral –, em especial, no tocante àquelas baseadas em instrumentos contratuais, pode-se observar a necessidade premente de que os remédios contratuais e institutos jurídicos em geral se adaptem à programação contratual, de tal maneira que, mesmo diante da caracterização de determinado suporte fático, seja necessário se ponderar e analisar o caso concreto, à luz da boa-fé objetiva, permitindo-se a criação de novas técnicas para a gestão do momento patológico do contrato, ou mesmo para que se possa realizar uma releitura “com lupa funcional” dos remédios já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse exercício, para os fins deste estudo, revela-se, a partir do próprio arcabouço normativo do Código Civil, a existência de uma *execução pelo equivalente em dinheiro*, como remédio alternativo ao remédio da resolução, que encontra respaldo no ordenamento jurídico

⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A perda de interesse do credor. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: LMJ mundo jurídico, 2019, p. 766-787.

⁹ Nesse sentido: SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 3-27, out./dez. 2007. Ver também: SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do adimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v.2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 1-40.

diante da caracterização em concreto do suporte fático do inadimplemento absoluto, à luz do termos do art. 475 do Código Civil, bastante claro ao dispor que: “[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 sendo, encontrando-se o aludido enunciado normativo em região do Código Civil que trata sobre o suporte fático do inadimplemento absoluto, e ao fazer alusão ao remédio extremo da resolução, que se operacionaliza à luz desse suporte fático, das duas, uma: ou se está a dispor que a prestação *in natura*, avençada originariamente, já não mais será passível de cumprimento pelo devedor, tendo por base o próprio bem da vida; ou se está a discorrer que a ausência de cumprimento da avença nos termos originalmente pactuados já terá exaurido, em definitivo, o interesse útil do credor.¹⁰

Em qualquer caso, ante a caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, já não mais será exigível o remédio da tutela específica da prestação (execução específica), que somente poderá ser utilizado diante do suporte fático da mora. Desse modo, o único cumprimento possível será o cumprimento com base no equivalente em dinheiro ao objeto prestacional. É essa a dinâmica do remédio da execução pelo equivalente.¹¹

Esse remédio contratual não é propriamente uma novidade. No entanto, ainda encontra dificuldade em sua visualização por todos os operadores de direito. Hoje, de fato, ainda é reduzida a sua utilização, seja por ausência de vasta doutrina e jurisprudência a respeito, ou mesmo por desconhecimento em aspecto geral.¹² Nessa toada, a finalidade do presente estudo é abordar a execução pelo equivalente à luz de seu suporte fático, analisando a sua operatividade, verificando os seus efeitos e sugerindo meios e critérios para a sua quantificação. Trata-se, como se pode observar, de remédio contratual cuja natureza é de cumprimento do contrato, via execução indireta.¹³

Nesse diapasão, a análise proposta, atinente à evolução funcional do ordenamento jurídico brasileiro em prol da axiologia constitucional, em especial no que concerne aos pilares do direito das obrigações, sob a específica perspectiva dos institutos jurídicos e remédios cabíveis ao adimplemento/inadimplemento, atestando a existência e relevância do

¹⁰ ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 611.

¹¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações, contratos e negócios unilaterais*, v. 7. Coimbra: Almedina, 2014, p. 420.

¹² STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342.

¹³ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 251-252.

remédio contratual da execução pelo equivalente, será objeto do Capítulo 1 do presente estudo.

O capítulo 2 desta análise, a seu turno, se dedicará a apresentar o suporte fático, a operatividade e os efeitos da execução pelo equivalente, ponderando a sua previsão no art. 475 do Código Civil, à luz da lógica do sistema jurídico nacional, tendo por base, especificamente, a sua aplicabilidade à luz do momento patológico do contrato. Para tanto, o estudo se debruçará sobre a norma legal,¹⁴ sobre a jurisprudência¹⁵ e sobre doutrina especializada.¹⁶

Ainda sob essa perspectiva, serão avaliadas as diferenças notórias entre a execução pelo equivalente e a execução específica. Também será apurada a relação da execução pelo equivalente com o binômio débito/responsabilidade, apurando-se, ademais, a sua diferenciação quanto ao eventual dever de indenizar eventuais perdas e danos (corolário da responsabilidade civil), e os seus efeitos práticos em relação às cláusulas contratuais relacionadas diretamente à responsabilidade civil, como a cláusula penal e as cláusulas exoneratórias ou limitativas.

Demonstrar-se-á, ademais, as bases da conversão do objeto prestacional em seu equivalente em dinheiro, tendo por base o instituto da sub-rogação real,¹⁷ que permite a mudança pontual no traçado originário da relação obrigacional avençada, em relação ao próprio objeto mediato, com a manutenção da relação jurídica originária em todos os seus demais termos, logrando-se a pontual remodelagem objetiva, com a transformação do bem da vida em seu equivalente em dinheiro. Por fim, também será apurado o interesse no qual deve se pautar a indenização a título de perdas e danos cumulativa com o equivalente em dinheiro: se o interesse positivo ou o negativo.

Serão também debatidas críticas apresentadas ao instituto da execução pelo equivalente e a suposta violação que tal remédio, tendo por base a sua operatividade e efeitos, geraria à causa do contrato.¹⁸ Ainda na linha salutar desse debate, será apresentado o

¹⁴ Exemplificativamente, os artigos 234, 236, 239, 254, 255, 279, 475 e 947 do Código Civil.

¹⁵ STJ, 2ª S., EREsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 27.06.2018.

¹⁶ Em especial, em obra específica sobre o tema redigida por Aline de Miranda Valverde Terra: TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

¹⁷ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 206.

¹⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Acesso em 04. Abr. 2022. SOUZA, Eduardo Nunes de. Contribuições da causa do negócio jurídico para a disciplina do inadimplemento contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020,

entendimento esposado por outra corrente doutrinária que reconhece a execução pelo equivalente como remédio contratual atrelado ao suporte fático do inadimplemento absoluto, mas a partir de uma base jurídica diversa.¹⁹

Por fim, no Capítulo 3, o instituto será apresentado sob perspectiva instrumental, com a sugestão de possíveis meios e critérios para quantificação do equivalente em dinheiro. Para tanto, como meios, acredita-se ser possível a utilização de cláusulas contratuais visando: (i) à gestão positiva de riscos inerentes à álea normal dos contratos,²⁰ por exemplo, com a definição prévia pelas partes do valor equivalente (seja ele fixo ou não) já na conclusão do contrato; e à gestão negativa de riscos, por exemplo, com a indicação prévia (*ex ante*) de parâmetros futuros (*ex post*) a serem utilizados pelas partes para definição do valor equivalente quando da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, entre os quais: o arbitramento do equivalente por um terceiro eleito pelas partes, com base em parâmetros de taxa de mercado ou de bolsa, em determinado dia ou lugar, ou à luz de possíveis índices de correção.

Acredita-se ser possível utilizar como meio para definição do equivalente em dinheiro ao objeto prestacional em sede judicial o próprio processo judicial, tendo espeque na atuação de um perito, em fase (ou processo) própria(o) de liquidação, ou do próprio juiz, por meio de arbitramento.

Serão sugeridos, ainda, critérios gerais para a efetiva quantificação do equivalente em dinheiro, que não se confundem com os meios sugeridos acima. Esses critérios são, portanto, complementares e diretamente relacionados à quantificação do equivalente em dinheiro, podendo auxiliar nessa definição como uma espécie de roteiro.

A análise proposta também abordará o entendimento que se deve ter a respeito da expressão “execução” pelo equivalente, como meio de tutela heterônoma do direito material ao crédito convertido em seu valor em dinheiro, sem que se lhe permita uma interpretação restritiva à tutela executória pelo procedimento da execução de título extrajudicial por quantia

p. 83-120. SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusulas limitativas ou excludentes do dever de restituir: estudo a partir da releitura funcional dos efeitos da resolução. In: DE SOUZA, Eduardo Nunes; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 663-700. O mesmo autor também se manifesta nesse sentido em: SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 286-288.

¹⁹ STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342.

²⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401.

certa, que representa um dos possíveis meios de instrumentalização efetiva do acesso ao crédito, mas não o único, sob pena de se impor um tratamento discriminatório entre credores, apenas em virtude das formalidades contidas no instrumento contratual que embasa o crédito perquirido.

É nesse contexto que se pretende apresentar o instituto da execução pelo equivalente, com a análise a respeito de seu suporte fático; de sua operatividade e de seus efeitos, à luz do ordenamento jurídico brasileiro; e dos possíveis meios e critérios capazes de auxiliar os contratantes no tocante à quantificação do valor equivalente, sem deixar de lado uma análise teleológica acerca do vocábulo “execução”, que compõe o remédio da execução pelo equivalente. É, portanto, o que se passa a apresentar.

1 EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE NA DOGMÁTICA OBRIGACIONAL CONTEMPORÂNEA

1.1 Constituição de 1988 e funcionalização do direito privado

A Constituição de 1988 representa um relevante marco histórico, jurídico e social para o Brasil.²¹ A Carta Magna, como é cediço, tem como pilar central a cláusula geral de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), que se espalha por todas as áreas do direito, atingindo, especialmente, o direito privado, potencializando-o e revisitando-o,²² após um cenário, no Brasil e no mundo, de revoluções liberais burguesas, duas grandes guerras e períodos ditatoriais.²³

A tutela existencial proposta pela novel Constituição brasileira,²⁴ acompanhada pela reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais,²⁵ veio encerrar, de uma vez por

²¹ Karl Larenz aborda a perspectiva constitucional à luz da interpretação dos direitos fundamentais postos na Constituição: “Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição”, indicando, nessa linha, “a prevalência da dignidade da pessoa humana” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 8. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 479). Em outro fragmento textual, o autor afirma que “subjaz à Lei Fundamental o reconhecimento de determinados valores humanos gerais como, sobretudo, a dignidade humana e o valor da personalidade humana, e que para a tutela destes valores, foram atribuídos ao indivíduo direitos fundamentais amplamente tutelados” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 8. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 483).

²² Nesse sentido: “se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade” (MARTINS-COSTA, Judith; CARLOS BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132).

²³ Luís Roberto Barroso discorre sobre a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais, notadamente: o histórico, o teórico e o filosófico. Ver: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261.

²⁴ Ao discorrer acerca da Constituição Federal Brasileira de 1988, António Manuel Hespanha afirma que, no Brasil, “os constitucionalistas têm desenvolvido uma série de instrumentos dogmáticos que fomentam a irradiação do ‘núcleo ideológico’ da Constituição, como carta magna da cidadania”. Para ciência a respeito dos núcleos indicados pelo autor, ver: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 519-520.

²⁵ Assim: “A própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares – ainda que em condição de tendencial igualdade (e, portanto, de igual liberdade) – tem encontrado importante fundamento no

todas, o ciclo exclusivamente patrimonialista e totalitarista que esteve presente ao longo do aludido cenário histórico, em todo o mundo.²⁶

Nesse sentido, para melhor situar a matéria proposta neste estudo, que busca demonstrar o reconhecimento do instituto da execução pelo equivalente pelo ordenamento jurídico brasileiro, será apresentada, neste primeiro capítulo, uma análise funcional do direito civil à luz da metodologia civil-constitucional, a evidenciar que o sistema jurídico nacional é terreno fértil para esse remédio contratual, à luz das alterações relevantes que ocorreram, com o passar do tempo, no ordenamento brasileiro e especialmente no direito das obrigações e nas relações obrigacionais.²⁷ O resgate histórico e a demonstração dos pilares que norteiam a referida metodologia figuram, portanto, como a base deste capítulo.

Deve-se ter em mente, a propósito, que a singela digressão a ser apresentada, sob panorama funcional, tem o objetivo de: (i) situar o contexto histórico-ideológico e as bases sobre as quais foi edificada a metodologia civil-constitucional, à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, nos termos da Constituição Federal de 1988; (ii) precisar a perspectiva funcional do ordenamento jurídico brasileiro, com a ressignificação e potencialização dos institutos jurídicos de direito privado; (iii) demonstrar como a perspectiva funcional vem repercutindo na esfera do direito das obrigações e (iv) evidenciar como a execução pelo equivalente, nesse prisma, é chancelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se, especialmente, as transformações na relação adimplemento/inadimplemento, a sua tríplice transformação e os remédios disponibilizados pelo sistema jurídico nacional para o momento patológico da relação contratual, entre os quais, o cumprimento pelo equivalente.

princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade (de pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019, p. 92).

²⁶ Nesse sentido, trecho da obra de Renan Lotufo: “Portanto, nada será como antes, porque tudo será conforme os ditames da Constituição Federal. Não há qualquer incompatibilidade com as tendências do direito moderno, mas há perfeita compatibilidade com o ideal de melhor distribuição de justiça, e uma melhor colocação do ser humano dentro da sociedade e seu enfoque dentro do ordenamento. Afinal, todos nós temos o direito de ser dignos e sermos felizes” (LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 32).

²⁷ Assim: “Tal metodologia só será possível com a aplicação das normas constitucionais como núcleo normativo precedente, hierarquicamente superior e prevalente para a unificação do sistema, evitando-se que os princípios constitucionais, por possuírem menos concretude, percam sua força normativa na prática da atividade interpretativa, diante das regras, dotadas de maior densidade e detalhamento regulatório. Torna-se fundamental, por isso mesmo, a releitura dos conceitos civilísticos a partir dos preceitos constitucionais, pois ‘as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno da sua força reunificadora do sistema’” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-406).

Antes do mais, é necessário enfatizar que a importância da cláusula geral da dignidade da pessoa humana para as bases do presente estudo está atrelada à necessidade de se superar o olhar usualmente direcionado ao direito privado sob perspectiva dogmática patrimonialista e materialista, fornecendo um viés lógico-sistemático sob uma ótica funcional, de modo a demonstrar que o instituto da execução pelo equivalente tem espaço no ordenamento jurídico brasileiro, à luz das bases que permeiam a dinâmica das relações obrigacionais e contratuais.

Não se pretende – e é importante que isso seja posto de maneira cristalina – afirmar que a cláusula geral de dignidade da pessoa humana possui relação direta com a execução pelo equivalente. Não é isso o que se quer dizer. Uma relação direta entre a figura do cumprimento pelo equivalente e a cláusula geral de dignidade da pessoa humana nem mesmo seria uma correlação fácil de se realizar de forma direta e aparente.

Na realidade, a importância da cláusula geral de dignidade da pessoa humana para a temática proposta tem espreque na necessidade de demonstrar a repercussão das novas bases, que operacionalizaram verdadeira transformação na dinâmica e na axiologia do direito civil e do direito privado em geral, atingindo institutos jurídicos seculares e conceitos enraizados no passado, sob um prisma capaz de propor uma releitura de todo o sistema à luz de uma ótica qualificadora, baseada na historicidade e relatividade dos conceitos jurídicos. Assim, permite-se a promoção de uma sinergia entre o direito privado e a vocação axiológico-constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no momento de caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto – e dos remédios franqueados ao credor – nas relações contratuais.

Desse modo, tendo como marco temporal inicial da digressão ora proposta o cenário histórico das revoluções burguesas, é fato que ao longo desse período histórico o ser humano era visto como um instrumento para a promoção de valores liberais, privatistas e voluntaristas, sob perspectiva eminentemente patrimonial. Após a ascensão da burguesia ao poder, a necessidade de conter um Estado historicamente opressor levou à construção de uma espécie de muro ideológico-normativo, que separava, em zonas absolutamente díspares, o direito público e direito privado, como em uma *summa divisio*.²⁸

²⁸ Nesse sentido, a abordagem de Luís Roberto Barroso: “As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si” (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261).

Nesse diapasão, a Constituição era vista como o pilar normativo da organização do braço Estatal, de tal maneira que, em hipótese alguma, se admitia a sua incidência na vida privada. O Código Civil, a seu turno, assumiu a condição de verdadeira “Constituição do Direito Privado”,²⁹ um fator de estabilidade normativa e negocial para a classe burguesa, capaz de gerar um palio de previsibilidade e segurança nas relações de natureza eminentemente patrimonial, corroborado pela autonomia da vontade, que, à época, representava o norte cardeal do direito privado.³⁰

Na condição de “insumo fabril”, o homem era visto como força motriz de um sistema discriminatório em que o “ter” qualificava o “ser”. A perspectiva de “sujeito de direito” era a tônica do ideal revolucionário burguês. Diante de uma aparente liberdade e de uma igualdade meramente formal, o homem foi existencialmente reduzido à condição de regente de unidades fabris em troca de salários aviltantes. Não havia meio termo.³¹

A subjugação do homem pelo próprio homem – o homem era o oprimido e o próprio opressor – fez com que o Estado fosse chamado a adotar uma postura intervencionista e assistencialista, agindo diretamente por meio das chamadas legislações emergenciais, com a finalidade de resgatar valores sociais abruptamente abandonados, vilipendiados por uma perspectiva política, ideológica, social, econômica e jurídica de exacerbação do liberalismo, do voluntarismo e do privatismo.³² Conceitos como *Welfare State* e dirigismo contratual tornaram-se comuns naquele período histórico.³³

Passou-se a observar, no contexto histórico em tela, a necessidade de que os valores sociais caminhassem lado a lado com a perspectiva econômica da sociedade, o que, no Brasil, somente viria a ser promovido anos depois, pela axiologia constitucional de 1988, ainda tão distante naquele momento.³⁴

²⁹ Sobre o Código Civil no contexto das Revoluções Burguesas e a sua perspectiva de “Constituição do Direito Privado” ver: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

³⁰ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

³¹ Para uma análise crítica a respeito deste contexto histórico, ver: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-4.

³² Sobre a necessidade de intervenção do Estado: TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25-26, t. 2.

³³ No que concerne ao caráter assistencialista da intervenção Estatal do período, a partir de leis emergenciais: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6.

³⁴ Ao discorrer sobre a novel perspectiva axiológica constitucional e a sua relação com o direito privado, Pietro Perlingieri afirma: “Nesse contexto, a iniciativa econômica não pode não ter uma utilidade social e deve ser exercida de maneira que não cause dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana” (PERLINGIERI, Pietro. *A doutrina do direito civil na legalidade constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11).

Na sequência, também foi sentido o impacto direto perpetrado pelo contexto das duas grandes guerras, em que valores sociais e de humanidade foram postos de lado na tentativa de imposição de regimes políticos e ideológicos, e de uma temerária busca por afirmação de superioridades étnicas. Os números dos confrontos bélicos foram temerários. O enfrentamento da questão existencial tornou-se medida premente.³⁵

O fim desse longo período histórico induziu a um necessário momento de reflexão, que levou a uma guinada no que diz respeito à tutela da pessoa humana, em todo o mundo, difundindo-se, assim, um ideal de proteção e promoção dos valores sociais de justiça e solidariedade.³⁶ É possível observar, nesse sentido, a emblemática inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948.³⁷

Nesse contexto, novos pilares axiológicos passaram a sustentar novas Constituições,³⁸ especialmente no continente europeu, com destaque para países como Itália e Alemanha, promulgadas respectivamente nos anos de 1948 e 1949, após a derrota nos embates bélicos. No Brasil, o advento de um período ditatorial, entre o período de 1964 a 1985, atrasou a promulgação da novel “Constituição Cidadã” de 1988. Foi também no período ditatorial que as bases do Código Civil de 2002 foram constituídas, a partir do ano de 1969. A tramitação do Código Civil perante o Congresso Nacional teve início no ano de 1975 e somente no ano de 2001 o diploma normativo foi promulgado, passando, ainda, pelo período de *vacatio legis*.

Veja-se que, a despeito de ter trazido diversas mudanças relevantes e uma perspectiva mais moderna, difundindo princípios hoje caros ao direito privado, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, ainda assim, o Código Civil de 2002 não foi capaz de atender

³⁵ Sobre a repercussão do cenário no aspecto social e jurídico: “os incidentes da Segunda Guerra criaram uma necessidade metodológica de se construir uma teoria do direito comprometida com valores, e não apenas com interesses ou conceitos, que podem resultar na aplicação de preceitos apenas porque ‘porque são a Lei’, ou no atendimento de interesses da maioria, sem que haja qualquer comprometimento ético com a pessoa humana” (NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; GEDEIL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3-22)

³⁶ Sobre a nova perspectiva relacionada à tutela da dignidade da pessoa humana: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60).

³⁷ Nessa linha: o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Íntegra disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 9. Abr. 2022.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261.

integralmente à sua relevante vocação reformista do direito privado nacional,³⁹ mantendo bases ainda atreladas ao regime revolucionário burguês, de ordem eminentemente patrimonial, contrária à axiologia constitucional humanista.

Some-se a isso a repercussão direta, no sistema jurídico nacional, do espírito do quase centenário Código Civil de 1916 e da tradição secular do âmbito de proteção materialista e patrimonialista do Código Civil,⁴⁰ que mantém viva, como um verdadeiro monumento histórico, a perspectiva eminentemente liberalista do direito privado, pasme-se, até os dias de hoje, embora, mesmo nesse cenário, já se admita algum arrefecimento.

Embora posterior à Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 continua em um processo de ressignificação, especialmente no que concerne aos pilares do direito privado nacional, em áreas como o direito das obrigações, o direito dos contratos e os direitos reais, com a constante interpenetração da axiologia constitucional, que vem, gradativamente, funcionalizando, promovendo e revisitando as bases do direito privado nacional à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana.⁴¹

Esse movimento de primazia da dignidade da pessoa humana⁴² teve início, como se observa, após o fim do período ditatorial, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que dispõe, em seu art. 1º, que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

³⁹ Nesse sentido, a relevante crítica apresentada por Anderson Schreiber, enfatizando a relevância da metodologia civil-constitucional mesmo após a promulgação do Código Civil de 2002: “A alegação de que a metodologia civil constitucional teria perdido sua utilidade diante do novo Código Civil mostra-se ainda mais infundada porque a codificação civil de 2002 tem muito pouco de realmente novo. Seu texto repete substancialmente aquele do Código Civil de 1916, já tendo sido chamado de ‘cópia mal feita’ do seu antecessor. Fruto de projeto elaborado na década de 1970, durante o período mais severo da ditadura militar brasileira, o novo Código Civil chega com um atraso de mais de três décadas – quando a conveniência de uma nova codificação já era vista com reservas – e em flagrante descompasso com a Constituição. Sua aprovação foi recebida pela melhor doutrina como ‘um duro golpe na recente experiência constitucional brasileira’” (SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-24).

⁴⁰ Nesse sentido, vide: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. In: *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 3.

⁴¹ Ruy Rosado de Aguiar Júnior discorre sobre a difusão dos valores constitucionais nas relações que ocorrem em ambiente civil: “Depois da Constituição de 1988, que explicitou princípios e cláusulas gerais na regulação da sociedade, inclusive para as relações que ocorrem em ambiente civil, surgiu no país um forte movimento de pesquisa e estudo dos reflexos dessas normas constitucionais sobre o direito privado. Expressão de um direito novo e avançado em relação aos antigos e superados preceitos de ordem civil codificada em 1916, trouxe novas vertentes e iluminou o nosso direito privado. Não se tratava de diminuir o espaço e a importância do Direito Civil, ao contrário, cuidou-se de enriquecê-lo com os novos princípios, muitos deles depois consagrados no Código de Defesa do Consumidor e no próprio Código Civil de 2002, e em leis esparsas, como a que cuida da concorrência” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 531-564).

⁴² Nesse sentido, ver: TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5-14, t. 3.

Democrático de Direito”, e que tem por “fundamentos” a “cidadania” (art. 1º, II) e a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III).⁴³

Também a norma prevista no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, é clara ao dispor que a liberdade, em qualquer aspecto, deve estar valorada sob o prisma da justiça e da solidariedade.⁴⁴

A leitura do novel texto Constitucional de 1988 permite empreender uma necessária mudança axiológica no ordenamento jurídico nacional. Denota-se, a partir desse momento, a necessidade de se promover uma releitura do direito, em especial, do direito privado,⁴⁵ à luz dos valores constitucionais.⁴⁶

É nesse cenário que as relações eminentemente de direito privado também passaram a ser diretamente impactadas, desde o seu controle interno de legalidade e legitimidade, até as consequências decorrentes do inadimplemento.

1.2 Direito civil-constitucional e ressignificação dos institutos

⁴³ Nessa toada, o art. 3º do texto constitucional faz referência, ainda, aos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, cabendo o destaque aos seguintes: (i) “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I); (ii) “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e (iii) “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Faz-se alusão, ainda, entre os incisos I a LXXVIII do art. 5º, aos direitos e deveres individuais e coletivos, bem como aos direitos sociais, topograficamente localizados entre os artigos 6º e 11 da Carta Magna.

⁴⁴ É o que se observa, na mesma toada: (i) dos termos do art. 1º, IV, ao estabelecer como fundamento da República o valor social da livre iniciativa, atrelado aos valores sociais do trabalho; (ii) dos termos do art. 170, que dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e (iii) dos incisos do art. 170, que estabelecem como princípios da ordem econômica “a função social da propriedade” (art. 170, III), a “defesa do consumidor” (art. 170, V), “a defesa do meio ambiente” (art. 170, VI) e a “redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VII).

⁴⁵ Sobre a necessária ressignificação do direito civil à luz da Constituição, ver: TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-35.

⁴⁶ Sobre o desafio do intérprete na busca pela aplicação da metodologia civil-constitucional, ver: TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16-17, t. 2. A título de complemento, ver: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-406.

A chamada doutrina do direito civil na legalidade constitucional (reconhecida como metodologia de direito civil-constitucional⁴⁷), difundida originalmente por Pietro Perlingieri, na Itália, vem sendo a responsável por irradiar, no Brasil, por todos os segmentos do direito privado, a centralidade da dignidade da pessoa humana, impondo-se, assim, uma necessária revisitação axiológica a todos os institutos de direito privado.⁴⁸

A referida metodologia de estudo do direito civil tem por base três pilares centrais, notadamente: (i) a natureza normativa das constituições; (ii) a complexidade e o caráter unitário do ordenamento jurídico e o pluralismo das fontes do direito; e (iii) uma renovada teoria da interpretação jurídica com fins aplicativos.⁴⁹ Dessa maneira, na condição de centro gravitacional do ordenamento jurídico, ao redor do qual devem orbitar todas as normas, a novel Carta Magna de 1988 promove uma relevante potencialização qualitativa de institutos clássicos do direito civil e do direito privado.⁵⁰

A importância de uma releitura⁵¹ sistemático-interpretativa e axiológico-teleológica das normas jurídicas, em especial, daquelas diretamente relacionadas ao direito privado, com a preponderância do “ser” sobre o “ter” – fala-se em repersonalização e despatrimonialização do direito⁵² –, é a pedra de toque dessa metodologia de constitucionalização do direito civil.⁵³

⁴⁷ Nesse sentido: “a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repontencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21).

⁴⁸ A esse respeito: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-7.

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11.

⁵⁰ Nessa toada: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.

⁵¹ Nesse sentido, a obra de Anderson Schreiber: “A mudança é, portanto, qualitativa. Trata-se não de asfixiar a aspiração econômica, nem de lhe impor meros limites externos ou excepcionais, mas sim de lhe atribuir uma nova justificativa, uma nova razão legitimadora, que não pode ser vista como premissa dada, mas que deve ser encarada como uma nova função para a atividade econômica concretamente desenvolvida na realidade social” (SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-24).

⁵² Para Pietro Perlingieri: “A divergência, certamente, não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo não para humilhar a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121).

⁵³ Nesse sentido, nas palavras de Pietro Perlingieri: “Piú condivisibile si rivela l’impostazione secondo la quale nelle previsioni costituzionali la persona ha valore prioritario” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2018, p. 187).

Observa-se, ainda, o necessário fim da concepção que parte da *summa divisio* entre direito público e direito privado.⁵⁴ Foi superada, quanto ao mais, a noção limitada de sujeito de direitos para a adoção da concepção de pessoa humana, visando a uma tutela baseada na igualdade não mais meramente formal, mas substancial, passando-se a adotar o conceito de situações jurídicas subjetivas, que envolvem, ao lado de direitos subjetivos, outras categorias, como deveres, ônus, faculdades, entre outras.⁵⁵

Assim, para deixar no passado o vestígio do dogma da vontade como elemento qualificador de todo o direito privado, em especial, de uma autonomia da vontade desprovida de qualquer apelo social, de um liberalismo econômico-jurídico irrefreado, de um privatismo excessivo e de um patrimonialismo discriminatório, passou a ser necessário promover uma verdadeira requalificação constante⁵⁶ sob a ótica funcional,⁵⁷ para que os valores constitucionais hodiernos possam, de fato, imiscuir-se na esfera do direito privado,⁵⁸ não

⁵⁴ Para Teresa Negreiros: “Tais mudanças sofridas pelo direito civil são o ponto de partida para uma releitura da *summa divisio* público-privado, uma vez que o valor em cujo sentido se passa a orientar todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, constitui um ponto de confluência de interesses individuais e coletivos, os quais, por isso, não mais podem ser relacionados em termos antagônicos, mas, sim, complementares. Tal releitura da dicotomia público-privado torna-se especialmente urgente quando se constata que as hipóteses de colisão entre princípios (cada vez mais frequentes) não se sujeitam a uma solução jurídica baseada na natureza do interesse em questão, impondo-se, ao invés, um exame quantitativo, e por isso circunstanciado, dos interesses em conflito” (NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 343-382). Aproximando o Código Civil e a Constituição: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.

⁵⁵ Sobre a emigração das bases do direito civil para a constituição, ver: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

⁵⁶ Assim: “Nesse novo ambiente, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No caso brasileiro, essa mudança de perspectiva deu-se por força do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60).

⁵⁷ Sobre o conceito de “função”: “A função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais – repita-se ainda uma vez –, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-406).

⁵⁸ É relevante quanto ao ponto a lição de Eduardo Espinola: “A organização econômica de nossos dias é muito diferente, não apenas da considerada pelo direito romano e pelo direito comum, mas ainda daquela a que tiveram de atender os legisladores do século XIX, cujas codificações, a partir do Código Napoleão, se tornaram manifestamente inadequadas ou deficientes, em relação a grande parte dos problemas sociais e econômicos contemporâneos, reclamando várias de suas normas radical substituição e impondo-se a regulamentação de novos institutos, que surgiram com os negócios e as ideias” (ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 7-8).

como um fator de limitação, mas de promoção axiológica das relações entabuladas sob tal cerne.⁵⁹⁻⁶⁰

Há de se reconhecer, assim, a necessidade de visualização do direito não apenas como instrumento de sanção e repressão de condutas proscritas pelas normas jurídicas, mas sim, em perspectiva promocional,⁶¹ capaz de não apenas proteger, mas de promover todos os valores caros do ordenamento jurídico brasileiro, encampados no texto constitucional.⁶²

Para alcançar, portanto, o projeto constitucional também nas relações de direito privado, passou a ser necessário superar a análise estrutural dos institutos, em prol de uma análise funcional.⁶³ É dizer: utilizar-se da estrutura do instituto jurídico, definida como o seu “como é”, ou seja, seu poder jurídico, para alcançar a sua vocação no ordenamento jurídico, notadamente, a sua função, que representa o seu “para que serve”.⁶⁴ Para Gustavo Tepedino,

⁵⁹ A respeito da necessária interpretação das relações privadas em “chave constitucional”, a obra de Teresa Negreiros: “No que respeita ao direito civil, a reflexão em torno da eficácia normativa dos princípios constitucionais é o ponto de apoio para uma perspectiva de interpretação das relações patrimoniais em chave constitucional, operando-se desta forma uma funcionalização das relações jurídicas inter-privadas aos valores existenciais, muito especialmente ao da dignidade da pessoa humana. Essa releitura, ou mesmo, esta refecundação do direito civil em bases constitucionais, tornada viável através de uma interpretação dos princípios constitucionais como constitutivos da norma civil, faz com que o tema da colisão entre princípios tenha uma projeção direta e imediata sobre a configuração de institutos pertinentes ao chamado direito privado” (NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 343-382).

⁶⁰ Nesse sentido, a análise sobre a relação entre autonomia privada e merecimento de tutela realizada por Heloisa Helena Barboza: “No momento em que é exaltado o papel fundamental da pessoa humana na ordem jurídica, não parece razoável entender sua autonomia como uma concessão ou atribuição do Estado, mas sim como o reconhecimento do poder do sujeito privado de auto-regular-se, nos limites da lei, aqui entendida em seu sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior. Não há que se admitir um espaço de liberdade que afronte as diretrizes constitucionais. Em outras palavras: a autonomia privada será merecedora de reconhecimento e tutela somente se representar a realização de um valor constitucional” (BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-424).

⁶¹ Já previa Norberto Bobbio ao discorrer sobre a Constituição italiana: “Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 13).

⁶² Norberto Bobbio distingue um ordenamento jurídico protetivo-repressivo de um ordenamento jurídico promocional: “Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 15).

⁶³ Sobre o perfil funcional dos institutos, à luz da metodologia civil-constitucional, ver: SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99-124.

⁶⁴ Norberto Bobbio critica a subversão realizada no passado, ao se dar prioridade ao perfil estrutural dos institutos, enfatizando a importância do perfil funcional, notadamente, de seu “para quê”, em: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani.

passou a ser momento de superação da visão meramente estrutural dos direitos subjetivos (limitada à análise dos mecanismos de poder postos à disposição do titular) através da funcionalização do direito aos valores contidos no ordenamento.⁶⁵

Essa releitura pressupõe, ainda, a interpretação das normas jurídicas para fins aplicativos, superando o singelo e estático dogma da subsunção. Há de se interpretar, portanto, a *fattispecie* concreta (o caso concreto) e a *fattispecie* abstrata (a norma jurídica) em um momento único: o caso concreto torna-se um dado normativo e a norma jurídica deve buscar em todo o ordenamento jurídico axiológico-constitucional a norma jurídica do caso concreto, ou seja, o ordenamento jurídico do caso concreto, à luz da complexidade e unidade do ordenamento jurídico.⁶⁶

Os institutos jurídicos de direito privado devem, sob tal perspectiva, ser interpretados sob ótica funcional e relidos à luz da axiologia constitucional, observando-se a historicidade e relatividade dos conceitos.⁶⁷ Afinal, é notório que, sob a novel axiologia constitucional, o

Barueri: Manole, 2007, p. 53-54. No mesmo contexto, Gustavo Tepedino faz um alerta: “Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, uma redução quantitativa dos espaços de autonomia privada. Propriedade, família, contrato, empresa, não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se, ao revés, de uma transformação qualitativa de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária” (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42, t. 2).

⁶⁵TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

⁶⁶ Nesse diapasão: “A adoção dessa perspectiva funcional enseja, igualmente, a necessidade de revisão de diversos cânones do direito privado. Primeiramente, impõe-se a superação da utilização da técnica da subsunção para a aplicação das normas jurídicas. Tal método, baseado no raciocínio silogístico, limita-se a enquadrar o fato (premissa menor) à *fattispecie* abstrata prevista na norma (premissa maior), daí decorrendo a conclusão, pretensamente rigorosa, de modo a mascarar as escolhas ideológicas do intérprete. Deve-se, ao revés, no processo unitário de interpretação e qualificação do fato, confrontar o fato com o inteiro ordenamento jurídico, com vistas a determinar a disciplina jurídica aplicável para a hipótese concreta” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-406). No mesmo sentido: “Deve apreciar-se o direito com uma visão global e compreensiva da totalidade que se forma com as normas, as relações, as instituições, integradas em um conjunto unitário, coerente e dinâmico, que se processa sob a égide de valores e princípios fundamentais. O sistema jurídico, embora apresentando características de unidade, plenitude e coerência, não pode ser considerado, todavia, produto de puras conexões lógicas, deduzidas de princípios fundamentais harmonicamente dispostos, de modo estático e fechado. Deve ser concebido como uma totalidade social e dinâmica, suficientemente aberta para acolher os novos problemas, sem prejuízo da sua ordenação sistemática” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 43-44).

⁶⁷ Nessa linha: TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7-8, t. 2. Na mesma toada, acerca da relatividade e historicidade dos conceitos jurídicos: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60; MATIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-186; PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz*

papel desempenhado, por exemplo, pelo contrato, no passado, não é o mesmo dos dias atuais;⁶⁸ a propriedade tampouco mantém a mesma ótica exclusivamente patrimonialista de outrora, hoje ressignificada e potencializada ao cumprimento de sua função social; e a empresa, hoje, como é cediço, deve servir a propósitos muito além da geração de lucro.⁶⁹

Instrumentos que, historicamente, eram vistos como verdadeiros pilares do ideal revolucionário burguês e da ótica patrimonialista imperativa no referido período, hoje, estão em constante processo de repaginação axiológica, para cumprir as suas respectivas funções no ordenamento jurídico, sempre a partir da cláusula geral da dignidade da pessoa humana.⁷⁰ Inclusive, com o relevante objetivo de dar cumprimento à sua função social.⁷¹

da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 31-32.

⁶⁸ Nesse contexto, cabe destacar: “A racionalidade instrumental que informava o contrato do liberalismo passa a ter um fundamento a ela subjacente, que se baseia em uma racionalidade material, ou seja, uma racionalidade com relação a valores. Isso se contrapõe à suposta neutralidade – ou nihilismo – do contrato visto em uma perspectiva puramente patrimonialista. Se o contrato deve, sim, satisfazer sua função econômica, esta deverá estar em consonância com a solidariedade e a justiça social e, sobretudo, com a dignidade da pessoa humana” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 13-40). Também é relevante a lição de Eduardo Espinola: “É inquestionável que existe sempre um objeto, um conteúdo querido pelas partes quando contratam. Mas, nem sempre este objeto ou conteúdo pode ser livremente estabelecido por elas. Varia nas diferentes fases da história do contrato, por influência dos fenômenos sociais e das concepções científicas e filosóficas, a interferência da lei, excluindo da esfera da livre vontade dos contratantes o objeto ou conteúdo do contrato” (ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 12-13).

⁶⁹ Em resumo: “Os civilistas, finalmente, descobriram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo. Os fundamentos constitucionais da organização social e econômica são os fundamentos jurídicos das relações privadas e de seus protagonistas principais: a personalidade, a família, o contrato, a propriedade, o dano” (LÓBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5-6, t. 3; SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-24.

⁷⁰ Ver: PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11.

⁷¹ Nesse sentido: “A conformação clássica de contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. O contrato deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada, para desempenhar uma função social” (MATIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-186). No mesmo contexto: “A sofisticada construção obriga os juristas, e especialmente os civilistas, a se perguntarem: qual o papel que o ordenamento reserva a cada instituto jurídico? Por que a ordem jurídica atual o preserva? Abandona-se, com essas indagações, a postura sonolenta que tomava os institutos jurídicos como colocados à livre disposição do sujeito de direito. Evidencia-se a necessidade de que o exercício dos direitos atenda a uma finalidade maior que a simples vontade individual. Daí a consagração do termo função social que produziu verdadeira revolução no tratamento dispensado pelo direito civil à propriedade privada, e que, hoje, se espraia para a empresa, para o contrato e para outros institutos” (SCHREIBER,

É assim, em perspectiva funcional – contando, no mais das vezes, com a necessária interpretação de normas jurídicas abertas (cláusulas abertas) e de conceitos jurídicos indeterminados –, que devem ser entendidos, interpretados e aplicados os institutos do direito privado, sempre promovendo, mesmo indiretamente, valores fundantes do ordenamento jurídico, pautados na principiologia constitucional.⁷²

1.3. Execução pelo equivalente

A perspectiva funcional que vem alcançando toda a dogmática do direito privado nacional, como não poderia ser diferente, repercute diretamente no direito das obrigações, trazendo mudanças de grande relevância, dinamizando a relação jurídica obrigacional, alterando qualitativamente as bases do adimplemento obrigacional e ampliando os remédios e instrumentos de gestão de risco que podem ser utilizados em uma eventual situação caracterizada pelo suporte fático do inadimplemento absoluto.

A difusão de valores caros ao ordenamento jurídico brasileiro, na perspectiva da relação obrigacional, permite que uma área secular do direito assumira uma carga mais dinâmica, admitindo que conceitos jurídicos clássicos se sujeitem a uma necessária revisão sob o prisma harmônico da axiologia constitucional.⁷³ Assim, institutos jurídicos que se encontram discretamente previstos no texto legal e são simplesmente desconsiderados pelos operadores do direito – ou simplesmente desconhecidos – também passam a ser projetados em prol do atendimento a interesses juridicamente relevantes; novos institutos também passam a ser considerados.

Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-24).

⁷² Nesse sentido, vide: NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; GEDEIL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Orgs). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3-22.

⁷³ Nessa linha: “Evoluiu-se de um estágio em que a relação jurídica obrigacional era simples e estática, voltada tão-somente ao cumprimento da prestação principal, para uma nova concepção, em que a situação subjetiva obrigacional revela-se complexa e dinâmica, no sentido de comportar, além das prestações principais, outras prestações secundárias, acessórias ou anexas. São esses deveres, decorrentes da boa-fé, que atribuem à relação o caráter de complexidade entrevisto pela doutrina contemporânea. Sob o mesmo influxo, justifica-se o atributo do dinamismo, isto é, a visão da ‘obrigação como processo’ a caminhar para o cumprimento das obrigações” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281).

Veja-se, nesse sentido, o reconhecimento da já mencionada tríplice transformação do adimplemento/inadimplemento,⁷⁴ quanto ao seu conceito, aos seus efeitos e em relação ao tempo, que, como se demonstrará, vem permitindo que novas soluções possam ser alcançadas pelo operador do direito, em substituição a uma noção estática de institutos jurídicos e remédios contratuais pré-dispostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, que, à luz do caso concreto, podem representar uma solução estrutural, mas não necessariamente uma solução funcional efetiva diante do concreto resultado útil programado e do interesse útil do credor.

Esse contexto trouxe à tona figuras como o adimplemento substancial,⁷⁵ o inadimplemento anterior ao termo⁷⁶ e o período de graça,⁷⁷ que buscam avaliar o descumprimento obrigacional sob um prisma dinâmico, permitindo que, à luz do caso concreto, sob o assinalho do real atendimento ao programa contratual, possa ser alcançada uma solução mais consentânea com os valores que integram o ordenamento jurídico.

Admite-se, nessa toada, certa relativização no rigor normativo que permeia a dinâmica dos remédios próprios ao inadimplemento, como, por exemplo, a resolução, à luz da boa-fé objetiva, que permeia a relação jurídica de direito privado, em especial, a relação obrigacional, trazendo confiança legítima e cooperação devida em vista da utilidade da prestação.⁷⁸

O que se quer demonstrar é que, sob tal perspectiva, novas soluções, institutos jurídicos e funções remediais para a relação obrigacional podem ser alcançados a partir da releitura dos institutos de direito privado sob a perspectiva dinâmica da relação obrigacional, buscando-se soluções que representem alternativas capazes de aprumar o interesse útil do

⁷⁴ Nesse sentido: SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 3-27, out./dez. 2007. A matéria foi revisitada pelo autor em: SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do adimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 1-40.

⁷⁵ O conceito de adimplemento substancial permite a relativização dos efeitos correlatos ao inadimplemento absoluto, avaliando a possibilidade de não aplicação do remédio extremo da resolução de acordo com a análise da repercussão do referido inadimplemento no caso concreto, sob a ótica funcional.

⁷⁶ O conceito de inadimplemento anterior ao termo permite ao credor que, a despeito do não advento do termo da relação obrigacional, diante de um contexto de flagrante inadimplemento absoluto ante a notória incapacidade do devedor de, no prazo restante, dar cumprimento efetivo ao avençado, também sob ótica funcional, possa se valer, desde já, dos remédios próprios relacionados ao suporte fático do inadimplemento absoluto.

⁷⁷ O conceito de período de graça permite ao devedor inadimplente uma dilação temporal para o cumprimento de obrigação já sujeita aos efeitos da mora, de modo que, não vindo ele a cumprir o pactuado dentro deste prazo adicional, estará, então, caracterizado o inadimplemento absoluto, com todos os seus efeitos.

⁷⁸ Nesse sentido, a lição de Judith Martins-Costa: “A expressa apreensão, pelo Código Civil, da boa-fé objetiva como modelo jurídico prescritivo – que já seria de *per se* atuante ainda se acolhido de forma apenas implícita –, só faz demonstrar a sua importância verdadeiramente nuclear para o Direito das Obrigações, emparelhando à autonomia privada as ideias de *confiança legítima e de cooperação devida em vista da utilidade da prestação*, e, assim, transformando a relação obrigacional em um ‘vínculo dialético e polêmico’, estabelecendo entre devedor e credor ‘elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento’” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 46).

credor ao resultado útil programado pelas partes, ou ao menos algo próximo a isso, a depender da escolha a ser feita pelo próprio credor diretamente prejudicado pela inexecução obrigacional, seja ela relativa ou definitiva, desde que o seu interesse útil possa ser de fato atendido por um cumprimento indireto, via sucedâneo.

A execução pelo equivalente, permita-se dizer, parece ser um desses exemplos. Ora confundida com a execução específica, ora confundida com as perdas e danos, o cumprimento pelo equivalente está previsto em normas específicas do Código Civil,⁷⁹ na jurisprudência nacional⁸⁰ e decorre de uma clara previsão lógico-sistemática a partir dos termos do art. 475 do Código Civil, revelando remédio próprio e autônomo.

Mesmo assim, o instituto ainda se mantém em uma espécie de “zona nebulosa” do direito das obrigações; ora desconhecido, ora negado, ora confundido e pouco utilizado. Não se trata, contudo, propriamente de uma novidade; trata-se, na verdade, de uma alternativa dada pelo próprio Código Civil ao credor que sofre com o inadimplemento absoluto da prestação originalmente avençada e se vê subtraído do bem da vida perquirido. O atual espanto que pode ser causado pela matéria decorre apenas da falta de exploração e utilização desse remédio contratual, que redunde na falta de trabalhos acadêmicos a seu respeito.⁸¹

De fato, a execução pelo equivalente, no contexto apresentado, representa alternativa idônea e funcional ao credor que, em concreto, diante da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, ainda guarda interesse legítimo no equivalente à prestação originalmente pactuada em dinheiro.

Isso porque, com o acesso ao montante em dinheiro correspondente ao bem da vida que não lhe foi entregue, talvez possa, o próprio credor, obter o bem da vida buscado originalmente com aquela relação obrigacional perante o mercado. Também é possível que se esteja diante de um cenário contratual no qual o credor ainda tenha interesse em realizar a sua prestação *in natura*, ou simplesmente porque os efeitos da resolução, em especial, o restitutivo, não lhe atendem de forma tão benéfica, sendo a ele mais relevante o cumprimento do contrato com base no equivalente pecuniário.

⁷⁹ Artigos 234, 236, 239, 254, 255 e 279, 475 e 947 do Código Civil.

⁸⁰ STJ, 2ª S., EREsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Nancy Andriighi, julg. 27.06.2018.

⁸¹ Renata C. Steiner reconhece que a execução pelo equivalente é remédio pouco explorado pela doutrina e jurisprudência: “Dentre os remédios aplicáveis ao descumprimento, esse [a execução pelo equivalente] é certamente o menos explorado por doutrina e jurisprudência brasileiras. A constatação se reflete em uma quase ausente produção acadêmica sobre ele” (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342).

Sob essa perspectiva, o credor já apenado com o inadimplemento absoluto deve ter o direito de escolher o melhor remédio para sua situação em concreto, uma vez que a dinâmica obrigacional deve prosseguir em direção ao atendimento de seu interesse útil, mesmo que diante de uma pontual remodelagem no objeto prestacional. Caberá, portanto, nos termos do art. 475 do Código Civil, ao próprio credor, decidir se resolve a relação jurídica, instaurando uma relação de liquidação, ou se a ele é preferencial executar o contrato com base no equivalente em dinheiro do objeto prestacional originalmente pactuado.

E não se diga que tal dinâmica representaria eventual violação ao princípio da identidade da prestação. O motivo é simples: uma vez caracterizado o suporte fático do inadimplemento absoluto, a prestação idêntica já não seria possível. Assim, o que a execução pelo equivalente permite é que se abra ao credor um caminho “pós inadimplemento absoluto” para que, ao invés de se limitar o rol de remédios à sua disposição, à resolução da relação jurídica, se lhe permita mantê-la em seus termos, mas operacionalizada com base no equivalente pecuniário do objeto prestacional, baseando-se em uma execução indireta.⁸²

Desse modo, reconhecer a execução pelo equivalente como instituto chancelado pelo ordenamento jurídico brasileiro significa, portanto, mais do que abrir os olhos para o que já está há muito efetivamente delineado no art. 475 do Código Civil. Significa, ainda, o reconhecimento acerca da relevância de se cogitar da manutenção da programação obrigacional, admitindo-se a sua remodelagem pontual quanto ao objeto prestacional, à luz da escolha feita pelo credor, deixando de impor uma reserva monocromática ao instituto da resolução, como uma espécie de remédio único imposto pela norma legal, que no mais das vezes pode ser até mesmo nocivo ao próprio credor, diante de um cenário a ele já lesivo, de inadimplemento absoluto, e, especialmente, do fato de o equivalente pecuniário atender o interesse útil do credor.

Diante do exposto, antes de se analisar, propriamente, o instituto do cumprimento ou execução pelo equivalente em dinheiro, o que se fará ao longo do capítulo 2, é relevante abordar, ainda que pontualmente, as mudanças pelas quais o direito das obrigações e as relações obrigacionais vêm passando, a justificar a presença de novos institutos e de um necessário resgate de institutos já previstos na norma legal sejam desvendados e aplicados.

⁸² Nessa linha, a lição de Darcy Bessone: “A forma ideal e normal de cumprimento do contrato é, pois, a específica. A forma indireta surge, em segunda linha, por força das circunstâncias. Daí vem que o credor não pode optar entre a forma direta e a indireta da execução. A última depende de novo acordo de vontades ou decorre da inviabilidade superveniente da execução específica” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 244).

1.4. Relações obrigacionais e execução pelo equivalente

O direito das obrigações e as relações obrigacionais vêm sendo objeto de mutações relevantes⁸³ nas últimas décadas, passando por alterações consideráveis em sua estrutura, em prol da realização de sua função no ordenamento jurídico nacional,⁸⁴ em busca de uma base funcional e dinâmica,⁸⁵ apresentando-se como um processo⁸⁶ capaz de retratar os efeitos essenciais perquiridos pelas partes, notadamente o efetivo resultado útil programado, à luz do interesse útil e legítimo do credor, sob a égide do princípio da boa-fé objetiva, tendo como norte cardeal o adimplemento, que, também sob essa perspectiva, assume feição variada.⁸⁷

A relação obrigacional apresenta-se à luz das influências e características próprias do período⁸⁸ e da sociedade correspondente. Hoje, se reconhece que a obrigação deve ser vista

⁸³ É relevante a lição de Pietro Perlingieri sobre a evolução das relações obrigacionais: “A passagem a ser realizada é de uma concepção de obrigação rígida e dogmática, a uma casuística e problemática, que não se reduza a mera praxe, que não recuse a contribuição de conceitos, mas os elabore de forma renovada, com rigor fantasioso, no justo equilíbrio entre elaboração teórica e experiência fática, com base em um método que, apoiando-se na indissolubilidade forma-substância, evidencie a unidade na diversidade, mas sem fazer violências às peculiaridades dos fenômenos. Apenas o consciente respeito às diversidades pode justificar o esforço em relação à unidade da noção (da relação obrigacional) como instrumento para uma leitura mais fácil da realidade” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 211-212).

⁸⁴ Para Mário Júlio de Almeida Costa: “Parece seguro que a óptica complexiva e dinâmica, que encara a obrigação ou relação obrigacional como um sistema, organismo ou processo, encadeado e desdobrado em direção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica. Observe-se que existem aqui dois tópicos conexonados, mas cindíveis analiticamente: a integração de múltiplas faculdades e situações num direito ou relação, isto é, o seu entendimento como um organismo ou mecanismo que permite a consecução de fins determinados; e a conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias, quer dizer, a sua compreensão como processos ou sequências teleologicamente estruturadas. Ambas as ideias se complementam” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 75-76).

⁸⁵ Para Caio Mário da Silva Pereira: “Na contemporaneidade, contudo, é fundamental observar que parte da doutrina tem focado a obrigação sob um viés dinâmico (e não estático), representativa de uma relação jurídica obrigacional composta por um conjunto de direitos, faculdades, poderes, ônus e deveres das partes” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 5).

⁸⁶ Nesse sentido, a lição de Clóvis V. do Couto e Silva: “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação. Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Estes atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo. A dogmática atual considera a finalidade, que polariza o vínculo, como a ele inerente” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20-21).

⁸⁷ Vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 8.

⁸⁸ Assim: “Construído doutrinariamente, o conceito de relação obrigacional não é um conceito neutro ou dotado do atributo da imutabilidade. É modelado pela História e, por isso, variante, uma vez inexistirem no direito verdades imutáveis, por não ser uma ciência de certezas matemáticas, mas de adequações normativas. Porém,

como relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo,⁸⁹ se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente os do credor – e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor.⁹⁰ É, portanto, sob ótica funcional que deve ser vista a relação jurídica obrigacional.⁹¹

O conceito clássico de “obrigação” pode ser extraído da obra de J. M. de Carvalho Santos, que entende tratar-se de relação jurídica patrimonial em virtude da qual o devedor é vinculado a uma prestação de índole positiva, ou negativa para com o credor.⁹² Desse conceito podem ser extraídos os três elementos comuns às relações obrigacionais: (i) o elemento subjetivo (polo ativo e polo passivo da relação jurídica obrigacional); (ii) o(a) vínculo/relação entre os integrantes dos polos da relação jurídica obrigacional; e (iii) o elemento objetivo.

embora esta óbvia constatação, certas vezes, ainda se insiste ser imutável essa noção, persistindo-se em referir a obrigação tão só como estático vínculo jurídico – como está na institutas de Justiniano –, visualizando-o pela estrutura que submete ao direito subjetivo de crédito a obrigação principal devida pelo devedor” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 217).

⁸⁹ Nessa linha: “A percepção da relação obrigacional como relação complexa (a abranger, além dos deveres de prestação, diversas outras situações jurídicas subjetivas, dentre as quais os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva), funcionalizada (concebida não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento de cooperação social dirigido à satisfação do interesse legítimo das partes) e que se desenvolve necessariamente como um processo (formada por uma série de atos que se ligam com interdependência, orientados a certo fim), provocou profunda transformação na concepção de adimplemento e, conseqüentemente, na teoria do inadimplemento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017).

⁹⁰ Nesse sentido: KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-298.

⁹¹ Assim: “Os princípios que seguem, autonomia privada e função social, são e devem ser entendidos hoje em seu aspecto funcional, implicando com isso a visão funcionalizada da relação obrigacional” (DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 119-148).

⁹² SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: parte geral* (arts. 863-927), v. XI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 6. No mesmo sentido, as seguintes obras: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução: Jaime Santos Briz Madrid: Editorial revista de direito privado, 1958, p. 18, t. 1; PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 86; BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clovis Bevilacqua*, v. 4. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, p. 8-9; MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1911, p. 102; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 32; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 7; GOMES, Orlando. *Obrigações*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 10; TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 2; VARELA, João de Mattos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 1, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 62-63; MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações: introdução. Da constituição das obrigações*, v. 1, 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 11; e COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 68-69.

Sob uma vertente histórica, os elementos da relação obrigacional eram refletidos sob um prisma eminentemente linear e unidirecional, ilustrando um contexto jurídico no qual o devedor era subjugado pelo credor e deveria, a qualquer custo e por sua única e exclusiva conduta, adimplir com os termos avençados, sob pena de seu patrimônio responder pelo inadimplemento. Isso, após período histórico anterior no qual se admitia que a pessoa do devedor também poderia ser acionada, em sua esfera de liberdade, para que a obrigação pudesse ser cumprida.⁹³

Carvalho Santos, em sua obra, reconhecia, sob perspectiva clássica da relação obrigacional, que seria da substância das obrigações o sujeito ser constrangido a dar, fazer ou prestar algo. Nesse contexto, para o autor, o interesse do credor nortearia a relação jurídica obrigacional, sem qualquer dever de cooperação para com o devedor, o que somente se admitiria caso existisse, de fato, um interesse muito forte na realização da prestação.⁹⁴

Hoje, no entanto, sob nova perspectiva axiológica, reconhece-se que a estrutura da relação obrigacional deve se dar à luz de uma ótica solidarista e cooperativa entre os titulares dos polos ativo e passivo, tendo por base os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, que se espraiam pelo ordenamento jurídico, em especial, pelos institutos de direito privado, e da boa-fé objetiva, que difunde a sua ótica cooperativa e solidária nas relações de direito privado,⁹⁵ no sentido do adimplemento. Chega-se a entender, inclusive, que “[a]s relações obrigacionais não constituem fim em si mesmas, instrumentalizando-se para a realização da dignidade da pessoa humana”.⁹⁶

É essa perspectiva, sob qualquer viés, que deve funcionalizar a relação jurídica obrigacional, potencializando os seus próprios elementos estruturantes em prol do atendimento de seu *locus* no ordenamento jurídico e na ressignificação do direito privado em geral.

⁹³ Carvalho de Mendonça traz, em sua obra, uma ponderação que ilustra bem a relativização das bases da relação obrigacional em momentos distintos da história: “Para os romanos a garantia do *vinculum juris* era exclusivamente pessoal, decorrendo daí as crueldades com que os devedores eram obrigados a satisfazer seus compromissos. (...) No último período da civilização romana, porém, já a pessoa foi lentamente sendo substituída pelo patrimônio, que passou a suportar a garantia das obrigações. Hoje são elas consideradas em todas as legislações um direito puramente patrimonial” (MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1911, p. 100-101).

⁹⁴ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: parte geral* (arts. 863-927), v. XI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 6.

⁹⁵ Nessa linha: “O princípio da boa-fé funciona como o elo entre o direito das obrigações (e contratos) e os valores e princípios constitucionais, notadamente o princípio constitucional da solidariedade, devendo-se promover a sua aplicação técnica, a partir de suas próprias funções, de modo a afastar seu emprego de forma meramente decorativa, com o risco de esvaziamento conceitual” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 35-36).

⁹⁶ Permita-se remeter a: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 14

1.4.1 Credor e devedor: situações jurídicas subjetivas ativa e passiva

No tocante ao elemento subjetivo da relação obrigacional, parte de sua estrutura, a subjugação automática do devedor cede espaço, hodiernamente, ao dever de cooperação, envolvendo, em uma mesma situação jurídica, seja ela ativa ou passiva, direitos, deveres, ônus, faculdades, direito potestativo e afins.⁹⁷

Afasta-se, assim, a ideia de que as obrigações representariam mero “estatuto do credor”, para que passem a ser vistas sob os matizes de um processo que se desenvolve a título cooperativo, em perspectiva solidária e sob a ótica da boa-fé nas relações privadas,⁹⁸ entre o titular da situação jurídica subjetiva ativa e o titular da situação jurídica subjetiva passiva, aprumando-se essa complexa relação jurídica no sentido do *adimplemento*, alcançando-se, assim, como se pretende originalmente, o resultado útil programado.

1.4.2 Vínculo jurídico, relação jurídica complexa e objeto

Em substituição ao conceito histórico de “vínculo jurídico”, passa-se a adotar uma perspectiva de relação jurídica obrigacional que tem por finalidade propor um eixo de ligação

⁹⁷ Nesse sentido: “Atualmente, contudo, reconhece-se que a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal. A própria noção de obrigação, identificada com um vínculo de submissão do devedor ao credor, vem sendo, gradativamente, abandonada em favor do conceito mais equilibrado de relação obrigacional, composta por direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum. Avultam, neste sentido, em importância os chamados deveres anexos ou tutelares, que se embutem na regulamentação contratual, na ausência ou mesmo em contrariedade à vontade das partes, impondo comportamentos que vão muito além da literal execução da prestação principal. O próprio cumprimento ou descumprimento da prestação ajustada deve ser examinado à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 3-27, out./dez. 2007).

⁹⁸ Nessa linha: “Da mesma forma, abriram-se as portas de toda uma visão solidarista de obrigação, que se ocupou de compreender a relação obrigacional não mais com polos antagônicos e de interesses meramente opostos, mas como vínculos de cooperação entre as partes, o que constituiu campo fértil para as doutrinas que re-projetaram a boa-fé objetiva na dogmática obrigacional” (DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 119-148).

funcional dinâmico entre os polos ativo e passivo das situações jurídicas subjetivas caracterizadoras dessa relação.⁹⁹

Não se quer dizer que a terminologia “vínculo jurídico” não seja ou não mais possa ser utilizada. A utilização da expressão “relação jurídica obrigacional” tem a finalidade de demonstrar que não se trata, hodiernamente, de um mero eixo de ligação entre devedor e credor, como no passado, mas sim de uma efetiva relação jurídica que envolve direitos e deveres, entre outras categorias jurídicas, em perspectiva dinâmica e complexa, tanto para o credor quanto para o devedor. Nessa linha, pode-se afirmar que a terminologia “vínculo jurídico” não é incorreta, mas apenas insuficiente para dar conta de algumas manifestações do fenômeno obrigacional.¹⁰⁰

Inclina-se, assim, o liame obrigacional para a valoração de um centro de interesses que suplanta a mera perspectiva subjetiva,¹⁰¹ com base em uma prestação de natureza patrimonial que se direciona sempre ao atendimento do interesse útil do credor e ao resultado útil programado entre as partes.¹⁰²

Retomando o conceito de “obrigação como processo”,¹⁰³ é possível observar, hodiernamente, que a relação obrigacional envolve um conjunto complexo de comportamentos que devem ser praticados tanto pelos titulares da situação jurídica subjetiva passiva (devedores), quanto pelos titulares da situação jurídica subjetiva ativa (credores), com um fim comum, que é o alcance do adimplemento.¹⁰⁴

⁹⁹ Sobre o ponto: “A doutrina tradicional via neste vínculo jurídico praticamente um estado de subordinação do devedor, que seria o único responsável pelo inadimplemento da obrigação, garantindo-o com seu patrimônio. A doutrina mais recente, contudo, tem encarecido o fato de que a obrigação deve ser vista sob um aspecto dinâmico e não-estático, salientando existir uma verdadeira relação jurídica obrigacional, que tem por conteúdo uma série de direitos e deveres de ambas as partes” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28).

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 218.

¹⁰¹ Nesse sentido: “A substituição do sujeito como elemento estrutural da obrigação pela referência a situações subjetivas como elemento fisionômico corrobora a crítica anteriormente mencionada: o sujeito figura como elemento externo não apenas à situação subjetiva, mas também ao próprio vínculo obrigacional. Nessa esteira, entende-se o vínculo jurídico como relação entre situações jurídicas subjetivas complexas contrapostas, de modo a prescindir da presença ou individuação do sujeito titular, o que confirma a tendência de despersonalização do vínculo obrigacional” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 27).

¹⁰² Nessa linha: “Atualmente, mais adequada é a conceituação da obrigação como *relação jurídica*, já que não se limita à sujeição unilateral do devedor em face do credor, mas constitui feixe complexo de direitos e deveres que se estabelecem mutuamente entre os sujeitos da relação obrigacional” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 16).

¹⁰³ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20-21.

¹⁰⁴ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 16. Na mesma toada: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018, p. 215.

Significa dizer: o devedor deve praticar todos os atos necessários para dar guarida à obrigação que se dispôs a cumprir, sempre de boa-fé, sendo devedor de uma prestação e de um comportamento de cumprimento; o credor, a seu turno, deve facilitar ao devedor o cumprimento de sua prestação, com dever de informar e de não praticar qualquer ato egoísta capaz de frustrar o efetivo cumprimento da prestação assumida pelo devedor, e o acesso ao bem da vida.

Na tônica hodierna das relações obrigacionais prepondera, portanto, o princípio da boa-fé objetiva, norma de ordem pública e eficácia cogente, prevista nos termos do art. 422¹⁰⁵ do Código Civil e corolário do princípio da solidariedade social, previsto nos termos do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁶ Fala-se, ainda, na relação entre os princípios contratuais clássicos, da força obrigatória dos contratos, da autonomia da vontade e da relatividade dos contratos, com os princípios da boa-fé objetiva, já citado, da função social e do equilíbrio das prestações.¹⁰⁷

Por esse motivo, cogita-se, hodiernamente, do conceito de relações obrigacionais, sob perspectiva dinâmica e funcional, e não mais do conceito de vínculo jurídico, que denota a um período em que a relação obrigacional era vista de maneira estática e meramente estrutural. Hoje, a relação entre o titular do polo ativo (credor) e o titular do polo passivo (devedor) guarda bases alicerçadas no princípio da boa-fé objetiva, com base em um comportamento cooperativo, solidário e focado em seu direcionamento rumo ao adimplemento.

A ótica funcional em voga também torna relevante a análise sobre o objeto mediato e imediato da relação obrigacional, com vistas a evitar desvios, de qualquer proporção e grau,

¹⁰⁵ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁰⁶ Para Pietro Perlingieri: “Le parti nell’esecuzione del contratto devono comportarsi secondo buona fede. La regola non rappresenta un semplice criterio di valutazione del comportamento, ma ha la funzione di integrazione del rapporto, conformando i comportamenti di entrambe le parti alla specificità del caso concreto. In questo senso, poiché individua il contenuto dei comportamenti che le parti sono obbligate a tenere in vista di un’attuazione del rapporto rispettosa degli interessi prefigurati, la buona fede contribuisce a definire la regola da applicare. Essa è espressione del principio di cooperazione nelle’attuazione del rapporto obbligatorio e si concretizza nella definizione del contegno dei contraenti per il corretto svolgimento della fase esecutiva. Da essa possono discendere doveri di comportamento non previsti nel regolamento contrattuale come obblighi di avviso, tolleranza di inesattezze della prestazione, ecc. Così la sua operatività, in attuazione de principio di solidarietà costituzionale, si esplica principalmente nella precisazione della condizioni di esattezza dell’adempimento. Si tratta non di imporre alle parti obblighi ulteriori ma di conformare il loro comportamento alla soddisfazione degli interessi emergenti al fine de valutare la loro condotta per la determinazione del giudizio di corretta attuazione del rapporto” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 640).

¹⁰⁷ Nessa linha: “Assim, a liberdade de contratar, a relatividade dos contratos e outros ‘princípios tradicionais e pacíficos, cuja imutabilidade parece havia passado em julgado’ vêm sofrendo, mais recentemente, a contraposição de novos princípios, substancialmente opostos, como a função social do contrato e o equilíbrio das prestações” (SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 3-27, out./dez. 2007).

no prumo linear (visando ao fim pactuado; ao resultado útil programado) e orgânico (direitos e deveres tanto para titulares de situação jurídica ativa e passiva; complexidade e cooperação) do adimplemento.

A bem dizer, o objeto imediato representa o efeito jurídico esperado quando entabulada determinada avença contratual em decorrência do comportamento de cumprimento do devedor; o objeto mediato representa, a seu turno, o próprio bem da vida pactuado e que deve ser entregue ao credor.¹⁰⁸ Tanto o objeto mediato quanto o objeto imediato revelam as bases do efetivo e integral adimplemento da obrigação. Nesse sentido, o norte cardeal para apuração do alcance do resultado perquirido pelas partes, com o cumprimento do objeto obrigacional, passa a ser o interesse útil do credor.¹⁰⁹ Trata-se, em resumo, da concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, em superação àquela tradicionalista.¹¹⁰

Veja-se que, como exposto, não se está a discorrer sobre um interesse meramente estrutural-estático, com o verniz autoritário e unidirecional de outrora, com base no binômio sobreposição/subjugação entre credor e devedor, mas sim, sobre um interesse legítimo funcional-dinâmico do credor, pautado à luz das bases da relação obrigacional ajustada entre as partes e em comportamentos favoráveis ao cumprimento, que devem ser praticados e aceitos por ambas as partes, o qual será atendido com o adimplemento.¹¹¹⁻¹¹²

¹⁰⁸ Assim: “O objeto do negócio jurídico traduz uma condição objetiva, cuja análise se firma em suas próprias características. Seu conteúdo busca contemplar tanto a materialidade do bem como o comportamento esperado do sujeito. Desta forma, é possível detectar, num negócio jurídico, um objeto imediato ou jurídico e um objeto mediato ou material. O objeto imediato consiste no efeito jurídico esperado, que traduz o comportamento esperado pelos agentes, seu conteúdo. Seu sentido mediato remete à materialidade, ao bem sobre o qual recaem os poderes dos agentes do negócio jurídico. A título de ilustração, em uma compra e venda (de bem imóvel), negócio jurídico que é bilateral, a obrigação de transferência do bem de um patrimônio ao outro e o pagamento do preço constituem o objeto imediato, sendo o imóvel propriamente dito seu objeto mediato” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 219).

¹⁰⁹ Sobre o ponto: “Toda obrigação se volta a proporcionar, com o adimplemento, o resultado útil que consubstancia a satisfação do interesse do credor. Importa ressaltar, contudo, que a produção do resultado útil é um efeito do adimplemento, devendo-se, a todo custo, evitar a orientação, acima criticada, que o confunde com a conduta do devedor, que forma a prestação devida” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-298).

¹¹⁰ Nessa linha: “Chega-se, portanto, à concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, que supera a concepção tradicional, marcadamente formalista e abstrata. A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente o do credor – e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-298).

¹¹¹ Quanto ao ponto: “a obrigação deixa de ser concebida com um fim em si mesmo para ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor. Esta sua função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional até o momento de sua extinção, servindo, em particular, de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que são chamadas, de acordo com a

Assim, é possível compreender que a execução pelo equivalente se compactua com a perspectiva dinâmica atual das relações obrigacionais. De fato, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, parece ser natural admitir que o credor possa ter o direito de seguir buscando um comportamento de cumprimento do devedor, capaz de franquear acesso, ao menos, ao correspondente em dinheiro da prestação frustrada, a partir de um programa contratual objetivamente remodelado e a um efeito jurídico que ainda seja capaz de, mesmo que por meio de um sucedâneo de cumprimento, satisfazer o interesse útil.

1.4.3 Tríplice transformação do adimplemento e execução pelo equivalente

Sob essa perspectiva, é relevante a análise da já mencionada tríplice transformação do adimplemento: quanto ao tempo, quanto aos elementos e quanto aos efeitos.¹¹³ Trata-se de relevante concepção para que se possa dar ainda mais respaldo à execução pelo equivalente como remédio contratual alternativo à resolução, diante da caracterização, em concreto, do suporte fático do inadimplemento absoluto, conferindo substrato ao instituto, que tem previsão legal expressa no art. 475 do Código Civil e, ainda assim, é pouco utilizado.

De fato, com as mudanças nos matizes basilares da relação obrigacional, na linha do que se expôs até aqui, o cumprimento efetivo das obrigações passou a apresentar uma base funcional capaz de conduzir a relação obrigacional à luz do interesse útil do credor, ao efetivo adimplemento, resguardando-se, a ambas as partes, um complexo de situações jurídicas, em

cláusula geral da boa-fé objetiva, a colaborarem mutuamente para a plena realização dos seus legítimos interesses” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs). *Diálogos sobre direito civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-298).

¹¹² Assim: “A obrigação não se identifica com o direito ou com os direitos do credor; ela se configura cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical da perspectiva a partir da qual enfocar a disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação substitui a subordinação e o credor se torna titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação para o adimplemento pelo devedor” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 912-913).

¹¹³ Sobre o conceito: “Examinando sob essas novas lentes a noção de adimplemento (e, por conseguinte, de inadimplemento), identifica-se uma genuína transformação, que se pode, por razões didáticas, examinar sob três aspectos distintos: (i) temporal; (ii) conceitual e (iii) consequencial. Em outras palavras, alteram-se o momento de verificação do adimplemento (tempo), as condições para a sua configuração (conceito em sentido estrito) e os efeitos que dele decorrem (consequências). Em cada um destes aspectos, pode-se constatar a presença de novas figuras e construções que vêm sendo vinculadas, direta ou indiretamente, à boa-fé objetiva, como o inadimplemento antecipado, a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial e a responsabilidade pós-contratual” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 3-27, out./dez. 2007).

especial, de direitos e deveres, sejam eles primários, secundários ou anexos, à luz do princípio da boa-fé objetiva, em perspectiva cooperativa e solidária.

Fala-se, nesse prisma, em adimplemento substancial, quando parcela significativa do interesse do credor é atendida, figurando, pois, o remédio amargo da resolução contratual deveras gravoso, especialmente diante da proporção diminuta do inadimplemento, que, embora definitivo, pode, no contexto global da relação obrigacional, ainda assim, representar um leve deslize diante do substancial atendimento ao interesse útil do credor, em visão funcional e à luz do resultado útil programado em concreto.¹¹⁴

Cogita-se, ademais, da figura do inadimplemento anterior ao termo contratual, quando, a despeito da pendência temporal para o adimplemento da obrigação do devedor, à luz do contexto fático concreto, o devedor, ainda envidando todos os esforços ao seu alcance, jamais conseguiria alcançar o efetivo cumprimento da obrigação.¹¹⁵ Nessas hipóteses, poderá o credor, cujo interesse útil tenha sido frustrado sabidamente antes do termo, pleitear a resolução do instrumento pactuado, diante do inadimplemento absoluto funcionalmente configurado, antecipando os efeitos materiais cabíveis e os respectivos remédios contratuais.

Fala-se também em “período de graça”, que permite ao contratante ainda em mora ter um prazo adicional, mediante o envio de notificação a respeito da caracterização da mora, pelo credor, para o cumprimento da obrigação ainda não adimplida, buscando, assim, evitar que o credor possa lançar mão de remédios visando ao adimplemento forçado, e permitindo a este, ademais, resolver o contrato caso o período adicional dado se esgote sem o cumprimento franqueado, caracterizando-se, assim, hipótese de inadimplemento absoluto.¹¹⁶

Com efeito, para que se possa aplicar os remédios previstos na norma legal, em posologia adequada, é necessário, pois, que se tenha em mente as definições e as

¹¹⁴ Sobre o adimplemento substancial: “Atualmente, são numerosos os casos em que se verifica a discussão da incidência da teoria como forma a afastar a resolução do contrato. Com efeito, a extinção da obrigação será rechaçada com base no referido instituto quando o descumprimento, por parte do devedor, não tenha sido relevante ou quando a obrigação houver sido essencialmente cumprida” (SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Adimplemento substancial*: parâmetros para a sua configuração. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 19).

¹¹⁵ Sobre o inadimplemento anterior ao termo: “As alterações pelas quais passou o direito das obrigações nos últimos tempos permitiram a contemplação de hipóteses em que, mesmo antes do termo, é possível verificar que a prestação não será adimplida, que se tornou impossível para o devedor ou então inútil para o credor. A tais situações costuma-se designar ‘inadimplemento antecipado’, ou ‘quebra antecipada do contrato’. Todavia, prefere-se a expressão ‘inadimplemento anterior ao termo’, por se entender que melhor reflete o real significado do instituto” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 121-122).

¹¹⁶ Sobre o período de graça ver: SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro de. *Período de graça*: o prazo adicional para adimplemento e o direito de resolução extrajudicial em caso de persistência do inadimplemento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 45.

consequências jurídicas dos suportes fáticos da mora e do inadimplemento absoluto, diante do descumprimento imputável ao devedor.¹¹⁷

Nesse diapasão: (i) se o inadimplemento decorrer de fatos imputáveis ao devedor, mas, ainda assim, houver a possibilidade de prestar à luz da identidade do objeto prestacional, pelo devedor, e a manutenção do interesse útil do credor, estar-se-á diante da mora (art. 394 do Código Civil); (ii) se o inadimplemento decorrer de fatos imputáveis ao devedor, de maneira que se torne impossível o cumprimento da prestação, pelo devedor, ou se tenha por esvaziado o interesse útil do credor, estar-se-á diante do inadimplemento absoluto (art. 395, parágrafo único, do Código Civil).¹¹⁸

Também para a apuração do vício atrelado à inexecução das obrigações – se há mora ou inadimplemento absoluto –, o interesse útil do credor figura como verdadeiro guia de direcionamento da relação obrigacional no tocante à relação patologia/remédio – ao lado do nexo de imputabilidade – e, da mesma maneira, como água de lastro em hipóteses de inadimplemento, permitindo que se possa, à luz do caso concreto, equilibrar os remédios cabíveis para os possíveis suportes fáticos de inadimplemento.

Tendo por base a tríplice transformação do adimplemento/inadimplemento em aspecto conceitual, temporal e consequencial, que funcionalmente permite a utilização ou mesmo a relativização de remédios ou institutos jurídicos no âmago da relação obrigacional, diante de um cenário de inadimplemento, também a execução pelo equivalente parece ter amplo espaço no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo jus à sua previsão normativa no art. 475 do Código Civil.¹¹⁹

¹¹⁷ Nesse sentido: “A *summa divisio* em matéria de inadimplemento é a que discerne entre a sua causa, isto é, se a prestação devida não se realizou por fato imputável ao devedor ou fato não imputável ao devedor. (...) só no caso do incumprimento imputável existe um verdadeiro e característico não-cumprimento. Quando não imputável, teremos uma hipótese de impossibilidade e o efeito será extintivo da relação obrigacional” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações* (Arts. 389 a 420), v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 147, t. 2).

¹¹⁸ Para Agostinho Alvim: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 19). Para Menezes Cordeiro: “O incumprimento definitivo traduz uma desistência, por parte do Direito, de manter em vida o dever de prestar principal, na expectativa de que o devedor inadimplente o cumpra. Ele põe termo ao cumprimento retardado” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, v. 9, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 267).

¹¹⁹ Assim: “No Direito brasileiro, a disciplina do inadimplemento das obrigações é caracterizada por uma distinção central, a contrapor, de um lado, a mora, e, de outro, o inadimplemento absoluto, mais bem qualificado como definitivo. A mora pressupõe a possibilidade de cumprimento com proveito para o credor, mediante a execução da prestação, somada ao pagamento de indenização pelas perdas e danos causados pelo devedor, nos termos do art. 395, *caput*, e 401, inc. I, do Código Civil. Diversamente, o inadimplemento definitivo somente permite a execução pelo equivalente ou a resolução da relação jurídica, igualmente acrescidas do pagamento da indenização devida ao credor, conforme disposto no art. 475 do mesmo texto legal” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A perda de interesse do credor. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES,

Entende-se, nesse sentido, que tal remédio contratual tem a função de curar os efeitos deletérios, para o credor, do inadimplemento absoluto, permitindo a ele acessar o equivalente em dinheiro ao bem da vida que não lhe foi entregue, caso esta seja a sua escolha e caso assim seja possível satisfazer seu interesse útil.

1.5 Execução pelo equivalente e coerência lógico-sistemática

Veja-se que, não se pode, sem incidir em incoerência sistemática e funcional, cogitar, por exemplo, das figuras do adimplemento substancial, do inadimplemento anterior ao termo e do período de graça, que afetam (e decorrem) diretamente (d) a dinâmica própria do suporte fático do inadimplemento, e, por conseguinte, (d) a própria dinâmica polarizada da relação obrigacional, vista como um processo que tem como finalidade precípua o alcance o adimplemento, atingindo, conseqüentemente, o interesse útil do credor, e entender, em sentido oposto, sob a mesma perspectiva, não ser possível se visualizar, no ordenamento jurídico brasileiro, a execução pelo equivalente como um remédio alternativo à resolução.

Isso especialmente quando, no caso concreto: (i) o credor ainda mantiver intacto o seu interesse no equivalente em dinheiro à prestação frustrada; (ii) o exercício do direito potestativo pela execução pelo equivalente for legítimo e idôneo; (iii) o acesso ao valor equivalente for benéfico ao credor e (iv) os efeitos da resolução, para o credor, não lhe permitam os mesmos benefícios idôneos, legítimos e não abusivos de uma execução pelo equivalente em dinheiro.

Também sob a ótica da tríplice transformação do adimplemento (e do inadimplemento), em perspectiva funcional, a execução pelo equivalente afigura-se como instituto jurídico absolutamente relevante para remediar o suporte fático do inadimplemento absoluto ao qual foi exposto o credor, com base em um instrumento remedial capaz de satisfazer, ainda que indiretamente, o interesse útil do credor, tendo por base o sucedâneo do equivalente em dinheiro.

De fato, não faria sentido admitir-se mudanças no conceito e nas conseqüências do adimplemento/inadimplemento, e não se admitir, noutro plano, que os remédios

disponibilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro possam também se moldar a atender o interesse útil do credor e ao resultado útil programado, mesmo que a partir de uma alteração pontual no objeto prestacional da relação obrigacional, para que, no lugar do bem da vida não entregue em definitivo ao credor, passe a figurar o seu correspondente em dinheiro, quando da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto.

Ora, parece ser de fato coerente sistematicamente a concessão ao credor do direito de manter viva a relação jurídica obrigacional, após o inadimplemento absoluto, quando ainda guardar interesse útil no valor equivalente em dinheiro à prestação mediata frustrada. De fato, pode ser que o credor consiga acesso ao bem da vida perquirido no mercado específico, com o acesso a esse montante, por exemplo, arrefecendo a frustração do credor quanto ao objeto prestacional *in natura*. De mais a mais, como visto, com a execução indireta o interesse útil do credor poderá ainda ser satisfeito, com um adimplemento remodelado mas funcionalmente robusto.

O que não parece razoável é franquear ao credor o remédio extremo e monocromático da resolução, quando o próprio interesse útil do credor puder ser atendido, a despeito do suporte fático do inadimplemento absoluto, pelo valor em pecúnia correspondente ao bem da vida que, por fato imputável ao devedor, não foi entregue ao credor.

Esse cenário parece ser duplamente deletério ao credor, que, a um, ver-se-á privado do bem da vida originalmente avençado nos termos da relação jurídica obrigacional frustrada em definitivo, e, a dois, somente poderá lograr o desfazimento do vínculo, com seus efeitos liberatório, restitutivo e indenizatório, quando ele próprio entender ser conveniente o acesso ao valor equivalente ao objeto prestacional. A execução pelo equivalente é, portanto, remédio alternativo idôneo e relevante ao credor lesado pela caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto e a tal remédio lhe deve ser franqueado acesso, caso seja essa a escolha feita à luz do art. 475 do Código Civil.

Nessa toada, acredita-se ter sido possível apresentar, neste capítulo inicial, como se entende o remédio contratual da execução pelo equivalente à luz da dogmática obrigacional contemporânea, evidenciando a chancela do ordenamento jurídico brasileiro ao instituto, à luz do disposto no art. 475 do Código Civil. Cabe, assim, no próximo capítulo, analisar a matéria à luz do suporte fático da execução pelo equivalente, de sua operatividade e de seus efeitos.

2 EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE: SUPORTE FÁTICO, OPERATIVIDADE E EFEITOS

No primeiro capítulo, buscou-se demonstrar que, à luz da dogmática contemporânea do direito das obrigações, em perspectiva axiológico-constitucional no âmbito do direito privado, que trouxe uma perspectiva funcional à interpretação e aplicação dos institutos jurídicos, considerando-se o reconhecimento de uma tríplice transformação do adimplemento¹²⁰ e as bases da boa-fé objetiva, a execução pelo equivalente surge como uma alternativa funcional idônea ao remédio extremo da resolução, quando se encontrar, o credor, no momento patológico da relação obrigacional, mas ainda guardar interesse no equivalente pecuniário ao objeto prestacional não lhe entregue em virtude do inadimplemento absoluto.¹²¹

Não seria lógico se admitir uma transformação tridimensional no adimplemento/inadimplemento, quanto ao conceito, ao tempo e aos efeitos, e não se cogitar da utilização de remédios salutares, já previstos no Código Civil, que permitam que, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, o credor entenda por bem pleitear o prosseguimento da relação jurídica para que se atinja o cumprimento do objeto prestacional pelo seu sucedâneo em dinheiro, caso entenda, o próprio credor, que essa escolha remedial terá o condão de atender o seu interesse útil. Nesse sentido, o cumprimento pelo equivalente em dinheiro se faz relevante.

¹²⁰ Anderson Schreiber revisitou o tema da tríplice transformação do adimplemento, analisando a visão tradicional e funcional do adimplemento: “Na visão tradicional, o adimplemento, identificado com a realização da prestação principal, extingue o vínculo obrigacional, e, por conseguinte, a responsabilidade do devedor. Sob a perspectiva funcional, ao contrário, o adimplemento não apenas se inicia muito antes do efetivo cumprimento da prestação, mas também se prolonga para além deste ato, impondo a conservação dos seus efeitos e a concreta utilidade da sua realização” (SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do adimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 1-40). E sob a ótica da tríplice transformação do adimplemento, em perspectiva eminentemente funcional, que se acolhe nos termos do presente estudo, o autor afirma que: “Além da resolução e da execução específica da obrigação – dois dos caminhos mais usualmente seguidos na prática –, a produção doutrinária mais recente tem dado ênfase à possibilidade do credor pleitear a chamada *execução pelo equivalente*, tal como aventado expressamente no Código Civil para hipóteses de impossibilidade (v.g., artigos 234, 236, 239). A prestação *in natura* – tornada impossível ou inútil ao credor em caso de inadimplemento absoluto – passa, então, a ser substituída pelo *equivalente pecuniário* da prestação” (SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do adimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 1-40).

¹²¹ A lição de Aline de Miranda Valverde Terra: “diante de inadimplemento absoluto, outros instrumentos de tutela serão disponibilizados ao credor, que poderá optar entre resolver a relação obrigacional, com o retorno do *status quo ante*, ou exigir o cumprimento, não *in natura* – e aqui está o segundo equívoco apontado anteriormente –, mas pelo equivalente pecuniário da prestação, isto é, o seu valor em dinheiro, sem prejuízo, em ambas as hipóteses, da indenização pelas eventuais perdas e danos experimentados” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

Como é de conhecimento geral, para que seja possível aplicar os remédios específicos contra as possíveis patologias obrigacionais/contratuais, com anamnese correta, prescrição apropriada e em posologia adequada,¹²² é necessário ter em mente as definições e as consequências jurídicas de cada uma dessas patologias, desde a eventual caracterização de uma impossibilidade de cumprimento não imputável, até a possibilidade de se estar diante do suporte fático do inadimplemento (relativo ou absoluto), o que será definido a partir da configuração (ou não) do nexo de imputabilidade do fato, diante, de um lado, da impossibilidade de prestar do devedor e, do outro, do interesse útil do credor¹²³ em concreto.¹²⁴

Esse mapeamento é relevante para fins de aplicação da técnica adequada e da consequência jurídica apropriada ao caso concreto, à luz das “perturbações” que podem surgir durante a execução de uma relação obrigacional; notadamente, em seu momento fisiológico, ao longo da execução do contrato em tela.¹²⁵ Nessa linha, colhe-se a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

¹²² Como também já se teve a oportunidade de dispor em: DIAS, Diego Corrêa Lima de Aguiar; REGIS, Erick da Silva. Comentários ao EREsp nº 1.280.825/RJ: a execução pelo equivalente e os termos do art. 475 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 181-210, jul./set. 2020.

¹²³ No tocante à análise do interesse útil do credor, é relevante enfatizar o disposto no enunciado nº. 162, aprovado na III Jornada de Direito Civil (2004), promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF): “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”. O que quer dizer o enunciado, ao fazer alusão à impossibilidade de definição da utilidade da prestação com base na subjetividade do credor, é que esta não pode se dar ao seu bel prazer, de maneira arbitrária. O interesse útil do credor deve ser analisado em perspectiva funcional, não arbitrária.

¹²⁴ Nesse sentido, Cristiano Zanetti propõe dois critérios para valoração da perda de interesse útil do credor, notadamente: um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva: “Para dar solução adequada ao problema no Direito brasileiro, a melhor doutrina recomenda ter em conta fatores relacionados à prestação e fatores relacionados aos sujeitos da relação jurídica obrigacional. Sua consideração permite sustentar a existência de dois critérios voltados a identificar grupos de casos nos quais se justifica a perda do interesse do credor no cumprimento do pactuado: o objetivo e o subjetivo. O critério objetivo afere a perda de interesse na execução da prestação. Sob tal critério, tem-se o grupo de casos nos quais a perda de interesse do credor decorre da inobservância de termo essencial à satisfação do programa contratual. Se a prestação não for perfeitamente executada dentro do termo essencial, não mais satisfará o interesse do credor e, por isso, poderá ser por ele rejeitada. O critério subjetivo afere a perda de interesse na execução da prestação pelo devedor. Sob tal critério, há ao menos três grupos de casos a serem considerados, assim discriminados: a recusa do devedor, a perda da confiança do devedor e a ameaça de dano iminente e significativo aos bens do credor. Embora, em abstrato, a prestação ainda possa aproveitar ao credor, em concreto, não mais lhe interessa, seja porque o inadimplemento se fez acompanhar de comportamento que põe em xeque os valores da lealdade e confiança, seja porque a consideração dos interesses em jogo reclama sua pronta obtenção junto a terceiro, para evitar o agravamento dos danos decorrentes do incumprimento” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A perda de interesse do credor. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: LMJ mundo jurídico, 2019, p. 766-787).

¹²⁵ Em aspecto geral, Judith Martins Costa e Paula Costa e Silva afirmam ser possível que: “no transcorrer do tempo entre a conclusão do contrato e sua execução, certos eventos venham a perturbar a prestação, ora impossibilitando o seu cumprimento, ora tornando-a tão excessivamente onerosa, tão além do seu risco normal (‘álea normal’), que o Direito é chamado a intervir” (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula.

Ocorrendo o incumprimento, abrem-se ao credor diversas alternativas legais, conforme a natureza do incumprimento. Diante de uma impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, não imputável ao devedor, a obrigação se extingue *ipso jure*, liberando ambas as partes. *Na impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, por culpa do devedor, cabe ao credor ou manter o contrato, requerendo o equivalente e mais indenização por perdas e danos, ou resolvê-lo, mediante o exercício do seu direito formativo (art. 475 do Código Civil), igualmente com direito à indenização.* No caso de ser possível a prestação, mas já sem interesse do credor, por inutilidade decorrente da demora ou do cumprimento imperfeito, sem culpa do devedor, a obrigação pode ser resolvida. Se houver mora, com culpa do devedor, ou cumprimento imperfeito culposo, pode o credor escolher entre manter o contrato, requerendo não a prestação em espécie – que não mais lhe interessa –, mas o seu equivalente, ou resolver a relação. Sendo possível a prestação e tendo ainda o credor interesse em recebê-la, tem ele ao seu dispor a ação de adimplemento (cobrança ou execução), que surge desde o vencimento e persiste até o cumprimento da prestação, podendo receber a coisa com retardo ou aceitar o cumprimento imperfeito que o devedor lhe oferece, sempre com direito a perdas e danos.¹²⁶

Nesse sentido, tendo por base o recorte da temática proposta no presente trabalho, em que se aborda especificamente o remédio da execução pelo equivalente em dinheiro, é necessário, desde já, definir a sua operatividade, dando-lhe a devida roupagem à luz da finalidade e das premissas deste estudo. De plano, recorre-se à objetiva definição das especificidades desse remédio, de acordo com a lição de Ana Carolina Devito Dearo Zanetti:

A execução pelo equivalente não pretende o cumprimento da prestação de maneira coativa, uma vez que esta se tornou para sempre irrealizável diante do inadimplemento definitivo. Por meio dela, o contratante inocente pode obter o resultado projetado que lhe foi negado pelo inadimplemento através de uma prestação de natureza pecuniária. A execução pelo equivalente efetiva-se por meio de uma prestação de natureza pecuniária que substitui a prestação inicialmente prevista. Trata-se, em suma, de equivalente econômico-jurídico que a lei coloca em lugar da prestação que se tornou irrealizável. Há, portanto, uma transformação da relação obrigacional ao substituir a prestação inicialmente pactuada, que se tornou inútil ou impossível, por uma prestação equivalente de natureza pecuniária.¹²⁷

Propõe-se, portanto, neste capítulo, sob a perspectiva acima delineada, uma incursão sobre: (i) o suporte fático do cumprimento pelo equivalente em dinheiro (execução pelo

Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 63). Vide o seguinte fragmento da obra de Aline de Miranda Valverde Terra: “Com efeito, se a qualificação da inexecução como mora ou inadimplemento absoluto não é escolha arbitrária do credor, a utilização dos instrumentos de tutela a eles disponibilizados também não o é. Há, portanto, instrumentos próprios para a mora, a exemplo da execução específica, e remédios próprios para o inadimplemento absoluto, como a execução pelo equivalente e a resolução” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

¹²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 95-96.

¹²⁷ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 120-121.

equivalente), notadamente, o inadimplemento absoluto; (ii) a diferença entre a execução específica e a execução pelo equivalente, à luz do suporte fático respectivo; (iii) a execução pelo equivalente e a sua relação com o binômio débito-responsabilidade; (iv) a diferenciação entre a execução pelo equivalente e o eventual dever de indenizar (responsabilidade civil), a cumulação com as perdas e danos e os efeitos práticos de cláusulas contratuais relacionadas diretamente à responsabilidade civil; (v) a execução pelo equivalente à luz da modificação do objeto prestacional (sub-rogação real) e da manutenção da relação jurídica originária em todos os seus demais termos; e (vi) a cumulação do valor equivalente com a indenização a título de perdas e danos, que deve se dar pelo interesse positivo. É o que se passa a abordar.

2.1 Inadimplemento absoluto e execução pelo equivalente

É cediço que a execução pelo equivalente se operacionaliza à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto ou definitivo.¹²⁸ O conteúdo do art. 475 do Código Civil é claro ao dispor que: “[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”. A norma apresentada parece bastante clara, mas, ainda assim, cabe a ênfase: diante do *inadimplemento* pode, o credor, pleitear a *resolução* do contrato, caso não prefira *exigir-lhe o cumprimento*.

Veja-se que o referido enunciado normativo estabelece um *suporte fático*, que caracteriza o momento patológico da relação avençada, e dois possíveis *remédios*, notadamente: (i) o suporte fático, como se vê claramente, é o do inadimplemento absoluto; (ii) os dois remédios possíveis (e alternativos)¹²⁹, diante do suporte fático inadimplemento

¹²⁸ Para Araken de Assis e outros: “o inadimplemento absoluto torna irrecuperável a prestação, e, portanto, inútil ao credor trilhar o caminho da demanda de cumprimento, exceto para pedir uma prestação pecuniária equivalente” (ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 611).

¹²⁹ Reconhecendo serem alternativos os remédios da resolução e do cumprimento pelo equivalente, no sentido de excludentes no momento da escolha do remédio contratual: “Se o incumprimento insanável não comporta a concretização na espécie ajustada, considerando também que a lei não contém expressões inúteis, resta delinear qual o alcance do que estatui o artigo 475 do Código Civil. Na realidade, as alternativas previstas no citado dispositivo encerram disposições excludentes conferidas ao credor quanto à esfera de interesses derivada do contrato, fatalmente atingida pelo descumprimento” (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 402). Nesse sentido, cabe a ressalva oportuna de Aline de Miranda Valverde Terra, que complementa esse entendimento: “Por outro lado, feita a escolha em favor da execução pelo equivalente, pode o credor, diante do não cumprimento espontâneo pelo devedor, e até após o ajuizamento da ação com vistas à execução, optar pela resolução do contrato, desde

absoluto, são: (ii.a) a resolução ou (ii.b) o cumprimento do contrato baseado no valor em dinheiro da prestação (execução pelo equivalente).

A execução pelo equivalente se torna, então, um remédio contratual alternativo ao remédio extremo da resolução, quando o credor ainda guardar interesse, à luz do caso concreto e a despeito (e em razão) do inadimplemento absoluto/definitivo, em obter o equivalente pecuniário à obrigação frustrada.¹³⁰ E uma singela e necessária análise sistemática do diploma civil permite alcançar essa conclusão.

Em *primeiro lugar*, ao se fazer alusão ao remédio da resolução, nos termos do art. 475 do Código Civil, faz-se, necessariamente, alusão ao suporte fático do inadimplemento absoluto. Essa conclusão pode ser extraída a partir da própria definição do remédio resolutorio e dos efeitos dele decorrentes. A resolução se baseia no rompimento definitivo do sinalagma gerado pela ineficácia de cumprimento do contrato nos termos originalmente pactuados, quando, especialmente, à luz do resultado útil programado, verificar-se a impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor e/ou a perda absoluta do interesse útil do credor no objeto prestacional. Trata-se, a bem dizer, de remédio extremo, definitivo e que conduz a relação jurídica ao ocaso,¹³¹ abrindo-se uma posterior relação de liquidação.

que, naturalmente, evento superveniente o autorize. Pode acontecer que após escolher a execução pelo equivalente, o credor constate que o devedor não tem condições de pagar o que lhe deve, pelo que a opção pela resolução surge como a alternativa menos prejudicial, porquanto o liberará do seu dever de prestar – ou lhe permitirá recuperar o que já houver prestado –, restringindo-se a execução às perdas e danos, que poderão, inclusive, já estar prefixadas contratualmente” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 148).

¹³⁰ Nesse sentido: “A relação obrigacional encerra indispensável fenômeno de colaboração econômica, constituída por vínculo transitório orientado à satisfação do concreto interesse das partes. Por vezes, todavia, alguma intercorrência impede o desfecho perseguido pelos sujeitos do negócio e não se realiza a prestação satisfativa, consubstanciada no comportamento do devedor que executa, a um só tempo, o dever principal de prestação e todos os demais deveres secundários e de conduta que se façam instrumentalmente necessários para a consecução do resultado útil programado, a conduzir ao inadimplemento absoluto da prestação. Nesse cenário, abrem-se para o credor dois caminhos: resolver o contrato ou pleitear a execução pelo equivalente” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Acesso em 19. Abr. 2022).

¹³¹ Nessa linha: “A resolução destrói a relação desde a celebração (*ex tunc*) e tem dois efeitos principais: libera credor e devedor das obrigações respectivas e permite a restituição das prestações efetuadas. Além disso, oferece ao lesado a oportunidade para ressarcir-se dos danos sofridos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 257). Para Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes: “A resolução, por sua vez, extingue a relação obrigacional. O credor, frente ao inadimplemento absoluto, deseja se libertar de relação que se tornou estéril, incapaz de satisfazer seja o seu interesse na prestação que lhe era devida, seja seu interesse na execução daquela que lhe incumbia. (...) Pretende-se com a resolução, com efeito, desfazendo o vínculo, conduzir as partes ao *status quo ante*. Cuida-se, a toda evidência, do que se prefere designar de ‘status quo ante dinâmico’: não pretende o credor simplesmente ser colocado na situação em que estaria antes de celebrar o contrato inadimplido, mas na hipotética situação econômico jurídica em que poderia estar se não tivesse celebrado o contrato inadimplido (poderia, por exemplo, ter ingressado em outra relação contratual que se lhe apresentava, ou dado sequência a algum negócio encerrado por causa do contrato descumprido)” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a

Por uma questão de lógica jurídica e sistemática, a alternativa à resolução franqueada pelo referido enunciado normativo, de “exigir-lhe [da obrigação] o cumprimento”, deve guardar relação direta com o próprio suporte fático do inadimplemento absoluto, e não com outro, como aquele referente ao inadimplemento relativo (mora), sobre o qual deve incidir remédio próprio e diverso: a execução específica. Permita-se dizer: a relação é de causa e efeito. Daí a compreensão de que, diante de um suporte fático concreto de inadimplemento absoluto, somente *um* tipo de cumprimento será possível: o cumprimento pelo equivalente em dinheiro (a execução pelo equivalente).¹³²

Diante do inadimplemento absoluto, já não mais será possível o cumprimento específico (execução específica) da prestação frustrada. Isso porque, já não mais haverá mora; é dizer: ou não mais haverá a possibilidade de prestar, por parte do devedor, o objeto prestacional originalmente avençado, e/ou não mais haverá interesse útil, por parte do credor, à luz do concreto regulamento de interesses pactuado.¹³³⁻¹³⁴

Em *segundo lugar*, o que demonstra que a alternativa à resolução prevista na norma legal é a execução pelo equivalente pecuniário, é a própria topografia da dupla previsão remedial, no “Título”, “Capítulo” e “Seção” em que o enunciado normativo se encontra. A bem dizer, o art. 475 do Código Civil está previsto no Título V (“Dos contratos em geral”), Capítulo II (“Da *extinção* do contrato”), Seção II (“Da cláusula *resolutiva*”), do Código Civil.

coerente indenização pelo interesse negativo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Acesso em 19. Abr. 2022).

¹³² Reconhecendo a incompatibilidade entre a figura da execução específica e o suporte fático do inadimplemento absoluto: “O pressuposto da execução por equivalente é, por isso, o incumprimento definitivo da obrigação. Já a execução específica pressupõe a manutenção, na esfera do credor, do seu direito à prestação original. O seu pressuposto é, por isso, apenas a simples mora” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações: transmissão e extinção das obrigações; não cumprimento e garantias do crédito*, v. 2, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 283-284). Nessa toada, também a obra de Maria Carolina Bichara: “Como se viu, o credor tem direito de perseguir a prestação contratada enquanto ela lhe for útil e possível. Assim, diante da mora do devedor, a prestação deverá ser perseguida *in natura*, tal como contratada. Essa tutela dá efetividade ao direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva e adequada. Caso, no entanto, a prestação seja atingida por falta irrecuperável, a demanda de cumprimento específico se torna inviável. Desse modo, diante de hipótese de inadimplemento absoluto, deverá o credor escolher entre a resolução da relação contratual ou a execução pelo equivalente pecuniário da prestação. Contudo, enquanto a tutela específica permite que o credor alcance exatamente aquilo que lhe foi prometido, a tutela equivalente promove a sub-rogação da prestação pelo montante pecuniário a ela equivalente” (BICHARA, Maria Carolina. O interesse do credor na prestação como critério de distinção entre as hipóteses de execução específica e execução pelo equivalente pecuniário. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 29-50).

¹³³ Nesse sentido, ver: MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 111-112

¹³⁴ Nesse diapasão: “A execução específica requer o incumprimento do contrato prometido; todavia, se estivermos no ponto de um incumprimento definitivo, não fará sentido impor uma execução específica que, de resto, poderá nem ser já possível; logo: a execução específica pressupõe uma situação de mora” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações, contratos e negócios unilaterais*, v. 7. Coimbra: Almedina, 2014, p. 420).

O enunciado normativo do art. 475 do Código Civil está contido no título referente aos contratos em aspecto geral, no capítulo referente à sua *extinção* e na seção atinente à *cláusula resolutiva* – além de contemplar, como exposto, o remédio da resolução. A única alternativa funcional possível ao aludido remédio resolutorio, diante também da topografia do diploma civil e de sua dinâmica normativa, é, necessariamente, o cumprimento (a execução) pelo equivalente pecuniário. Cogitar-se, portanto, de qualquer outro remédio com a finalidade de impor o cumprimento da prestação seria, com o perdão da ilustração, deixar uma cicatriz lógico-sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, o que não se pode admitir.

A topografia da norma legal e o seu conteúdo material compartilham um liame funcional que claramente permite ao intérprete solucionar a questão acerca de qual é o remédio alternativo à resolução nos termos do art. 475 do Código Civil. Em resumo: ao discorrer sobre “inadimplemento”, como suporte fático, albergando duas soluções remediais, faz alusão, o enunciado normativo, ao inadimplemento absoluto e, portanto, atribui ao credor a escolha da execução pelo equivalente como alternativa à resolução.¹³⁵ E o enunciado complementa: “cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Ou seja, feita a escolha, pelo credor, pela resolução ou por forçar o cumprimento do contrato com base em seu equivalente pecuniário, em qualquer contexto, será devida a indenização a título de perdas e danos, caso, notoriamente, estejam caracterizados, em concreto, os elementos próprios à responsabilização civil e à tutela reparatória.

Observa-se, portanto, que, se o incumprimento decorrer de fatos imputáveis ao devedor, mas, ainda assim, houver a possibilidade de prestar e a manutenção do interesse útil do credor, na prestação mediata, estar-se-á diante da mora (art. 394 do Código Civil): o remédio cabível será a execução específica. Se o inadimplemento decorrer de fatos imputáveis ao devedor, de maneira que se torne impossível o cumprimento da prestação, pelo devedor, ou se tenha por esvaziado o interesse útil do credor, em concreto, estar-se-á diante do

¹³⁵ Nesse sentido, colhe-se a lição de Araken de Assis: “Por exemplo, o inadimplemento absoluto torna irrecuperável a prestação, e, portanto, inútil ao credor trilhar o caminho da demanda de cumprimento, exceto para pedir uma prestação pecuniária equivalente” (ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 611). Nesse mesmo diapasão: DIAS, Diego Corrêa Lima de Aguiar; REGIS, Erick da Silva. *Comentários ao EREsp nº 1.280.825/RJ: a execução pelo equivalente e os termos do art. 475 do Código Civil*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte*, v. 25, p. 181-210, jul./set. 2020. No mesmo sentido: BICHARA, Maria Carolina. O interesse do credor na prestação como critério de distinção entre as hipóteses de execução específica e execução pelo equivalente pecuniário. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 29-50.

inadimplemento absoluto (art. 395, parágrafo único, do Código Civil): nesse sentido, o único cumprimento possível será a via do remédio da execução pelo equivalente em dinheiro.¹³⁶

Esse entendimento, a despeito de sua coerência sistemática, não é pacífico. Há quem questione a possibilidade de se permitir o cumprimento de uma relação obrigacional com base em seu equivalente em dinheiro. Argumenta-se, nessa toada, que o reconhecimento de uma execução pelo equivalente, à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto, representaria a violação e a mitigação da causa contratual, pelo que o ordenamento jurídico atribuiria ao credor lesado pelo inadimplemento absoluto apenas o remédio resolutório.¹³⁷

Aduz-se, nesse sentido, que o art. 475 do Código Civil faria alusão apenas à diferença entre a mora – e a possibilidade de se utilizar a execução específica – e o inadimplemento absoluto, permitindo que, no segundo caso, o credor possa se socorrer do remédio da resolução. Não faria alusão, portanto, o referido enunciado, de acordo com esse entendimento, à possibilidade de se executar o contrato pelo equivalente em dinheiro ao objeto prestacional. A execução pelo equivalente, portanto, seria cogitada por tal doutrina apenas como uma designação pontual para caracterizar o efeito restitutivo da resolução, quando impossível sua realização *in natura*, quando muito e se muito.

¹³⁶ Quanto ao ponto, em resumo: “diante de inadimplemento absoluto, ao credor resta apenas resolver o contrato ou demandar o cumprimento da prestação pelo equivalente” (TERRA, Aline; SCHENK, Leonardo. Inafastabilidade da jurisdição e autotutela: o exemplo da cláusula resolutiva expressa. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 90).

¹³⁷ Nesse sentido: “Ilustrativamente, alguns autores, partindo de uma particular interpretação (já existente de longa data no direito brasileiro, mas que ganhou novo fôlego nos últimos anos) acerca dos dispositivos normativos que preveem a restituição do ‘equivalente’ no direito obrigacional, propõem que o credor que sofre o inadimplemento absoluto não precisaria recorrer à resolução do negócio, podendo, em vez disso, ‘executar’ o contrato ao exigir do devedor que lhe pague o valor *in pecunia* da prestação culposamente descumprida. Nessa perspectiva, em vez de necessariamente determinar a extinção da avença, o inadimplemento absoluto criaria para o credor essa ‘forma alternativa’ de exigência do cumprimento do contrato. A proposta, como se percebe, aparenta desconsiderar a própria causa do contrato: em um negócio que se caracterizava, por exemplo, pela troca da coisa pelo preço, o credor teria a prerrogativa de ‘executar’ o contrato de outra forma, exigindo a troca do preço pelo valor pecuniário da coisa – tudo supostamente em cumprimento de um mesmo contrato. (...) a chamada ‘execução pelo equivalente’ ainda tem sido fundamentada em dispositivos normativos que não parecem tratar do tema (em particular, o art. 475 do Código Civil, que, em sua redação, apenas diferencia os regimes da mora e do inadimplemento absoluto e atribui a este último a possibilidade de resolução). Como se sabe, para a mais tradicional doutrina brasileira, o pagamento do equivalente (nas poucas hipóteses em que é expressamente previsto, tais como o art. 236 do Código Civil) consistia na indenização de um suposto dano sofrido pelo contratante lesado, que teria deixado de receber a coisa devida pela parte inadimplente; não se considerava, portanto, cumprimento do contrato, mas consequência de sua resolução. Tendo em vista que a crença nessa natureza reparatória do equivalente parece contrariar o sistema normativo brasileiro (no qual a propriedade não se transmite *solo consensu*, não sendo razoável indenizar o credor pela perda de coisa que jamais integrou seu patrimônio), a melhor interpretação talvez seja a de que o equivalente, quando for devido, representa apenas a restituição de eventual contraprestação que já houvesse sido paga pelo credor lesado. Parece igualmente razoável que, em certas situações, o credor receba, em vez da restituição *in natura* da contraprestação por ele paga, o equivalente pecuniário desta – ainda assim, estar-se-á no âmbito restitutivo, subseqüente à resolução do contrato” (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Acesso em 04. Abr. 2022).

Na mesma linha, essa doutrina compreende que “o programa contratual é, também do ponto de vista funcional ou causal, obrigatório e, ou bem ainda pode ser implementado, no todo ou em parte, com respeito à sua síntese essencial”, ou, caso assim não ocorra, “deve ser reconhecido como malsucedido”, motivo pelo qual seria “preferível, neste caso, o remédio resolutorio”, descartando-se a execução pelo equivalente.¹³⁸

Essa doutrina dispõe, por fim, que a possibilidade de utilização do remédio da execução pelo equivalente em dinheiro também impõe “certo estranhamento” quanto à possibilidade de se admitir, à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto, ser possível se falar na execução do contrato. Argumenta-se que, nesse contexto, seria necessário “dar um passo atrás no processo de interpretação-qualificação para se reconhecer a configuração de inadimplemento relativo (e não absoluto)”.¹³⁹

Não se concorda com as bases que permeiam o respeitável entendimento.

Para os fins deste estudo, a execução pelo equivalente é corolário, como já aventado, dos avanços e da perspectiva dinâmica e funcional que vem interpenetrando os valores e conceitos históricos da relação obrigacional ao longo dos anos, permitindo transformações relevantes nas relações jurídicas obrigacionais.¹⁴⁰ De fato, a doutrina vem se reconhecendo que, “[à] míngua de regime mais minudente, doutrina e jurisprudência têm se mostrado férteis em propor construções aptas a integrar as normas legais existentes”.¹⁴¹

É o que ocorre com o adimplemento substancial, o período de graça e o inadimplemento anterior ao termo, por exemplo, como já se expôs neste estudo.¹⁴²

¹³⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Contribuições da causa do negócio jurídico para a disciplina do inadimplemento contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 83-120.

¹³⁹ SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusulas limitativas ou excludentes do dever de restituir: estudo a partir da releitura funcional dos efeitos da resolução. In: DE SOUZA, Eduardo Nunes; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 663-700. O mesmo autor também se manifesta nesse sentido em: SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 286-288.

¹⁴⁰ Nesse sentido, já se teve a oportunidade de abordar o tema em: DIAS, Diego Corrêa Lima de Aguiar; REGIS, Erick da Silva. Comentários ao EREsp nº 1.280.825/RJ: a execução pelo equivalente e os termos do art. 475 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 181-210, jul./set. 2020.

¹⁴¹ Nesse sentido: “O Código Civil foi avaro ao regular as consequências do inadimplemento contratual. Única norma geral em matéria de resolução por inadimplemento, o art. 475 limita-se e estatuir que a parte lesada ‘pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos’. (...) Podem ser recordados, a esse respeito, as figuras do inadimplemento antecipado e do adimplemento substancial, as quais contribuem para melhor delimitar o remédio extremo da relação contratual por inadimplemento” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 313-338).

¹⁴² A respeito da imprevisibilidade do sistema jurídico brasileiro: “apesar de a segurança jurídica ser imperativo natural do direito contratual, as sanções à inexecução das obrigações surgem como uma espécie de exceção à

Trata-se, portanto, de perspectiva funcional do direito privado que é chancelada pelo ordenamento jurídico nacional e que admite que a relação jurídica obrigacional, polarizada no tocante ao seu nascimento rumo ao adimplemento, possa se manter viva, com a manutenção do contrato, a despeito do inadimplemento absoluto, caso seja do interesse do credor prosseguir com vistas ao cumprimento da prestação definitivamente frustrada tendo por base o seu equivalente pecuniário.

Fato é que, como se verá, não se operacionalizará, na execução pelo equivalente, a modificação da relação jurídica em amplo espectro, mas sim a modificação pontual, quanto ao objeto prestacional. Esse ponto será abordado ao se fazer alusão à figura da sub-rogação real, no capítulo 2.3. A bem dizer, o sinalagma da relação obrigacional original seguirá presente com a escolha potestativa do credor pelo cumprimento com base no equivalente pecuniário, apenas existindo a modificação do objeto prestacional por seu equivalente em dinheiro, prosseguindo a relação jurídica em seus demais termos.¹⁴³

Também não parece se sustentar o argumento da doutrina citada, no sentido de que, em sua dicção normativa, o art. 475 do Código Civil “apenas diferencia os regimes da mora e

regra, nas quais ainda reside uma certa imprevisibilidade, em razão das normas fluidas que são deixadas ao arbítrio dos julgadores” (SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Adimplemento substancial: parâmetros para a sua configuração*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117). Reconhecendo a atuação relevante da construção doutrinária e jurisprudencial na disciplina do inadimplemento no Código Civil brasileiro, Amanda Guimarães Cordeiro de Souza dispõe que: “O Código Civil brasileiro não se alonga na disciplina do inadimplemento, de maneira que importantes normas, como a vedação da resolução do contrato diante de mora ou de adimplemento substancial, foram construções da doutrina e da jurisprudência, resultantes de interpretação sistemática ou de notícias do direito comparado. Não é assim em toda parte, havendo leis estrangeiras mais minuciosas quanto ao direito do devedor moroso à manutenção do contrato enquanto a prestação devida ainda for útil, assim como em relação aos remédios disponíveis para o credor, sem violar as expectativas do devedor, sair da situação de espera da prestação em atraso. Um desses remédios é o período de graça, que permite ao credor resolver o contrato se o período suplementar concedido ao devedor em mora se esgotar sem o cumprimento” (SOUZA. Amanda Guimarães Cordeiro de. *Período de graça: o prazo adicional para adimplemento e o direito de resolução extrajudicial em caso de persistência do inadimplemento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 3). Demonstrando a adaptabilidade ínsita ao direito privado, envolvendo obrigações e contratos, em especial, na toada do inadimplemento, ao falar sobre a recepção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina do *anticipatory breach of Contract*, Fortunato Azulay assevera que “o direito das obrigações por ser a parte do direito privado que mais se presta à uniformidade, é também aquela que regula as problemáticas do crédito – mola mestra dos principais contratos bilaterais. Por isso, a lei dos contratos entre os vários povos da mesma corrente evolutiva, não pode deixar de sofrer influência recíproca. Não se trata de atingir uma uniformidade técnica, dada a própria diversidade de tradições e situações econômico-jurídicas nacionais, mas uma inclinação para soluções análogas, decorrentes da limitação universal à liberdade de contratar e da necessidade de estreitar os laços de solidariedade entre os homens e as instituições” (AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1977, p. 111).

¹⁴³ Nesse sentido: “Elegendo [o credor] a execução pelo equivalente, todavia, mantém-se a relação obrigacional, e substitui-se o objeto original por seu equivalente pecuniário. Nesse cenário, altera-se o programa contratual, e o nexos de sinalgamicidade passa a ser estabelecido entre a prestação devida pelo credor e a quantia equivalente à prestação que incumbia inicialmente ao devedor. Há, com efeito, mera modificação da relação obrigacional – que, portanto, não se extingue. Trata-se, em definitivo, a execução pelo equivalente, de tutela conservatória da relação obrigacional, com a manutenção de vínculo sinalagmático. A relação obrigacional não perde a sua identidade, não obstante a modificação do objeto do direito do credor” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

do inadimplemento absoluto e atribui a este último a possibilidade de resolução”. Como exposto, a expressão “exigir-lhe o cumprimento”, como alternativa ao remédio franqueado à parte contratante de “pedir a resolução do contrato”, deve ser lida à luz do mesmo suporte fático, notadamente, do inadimplemento absoluto. E assim, o único cumprimento possível à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto é a execução pelo equivalente; já o cumprimento diante do suporte fático da mora será a execução específica.¹⁴⁴

A execução específica representa a coação direta, ligada ao interesse primário; é dizer: está atrelada aos próprios termos da prestação pactuada *in natura*, quando ainda pode ser prestada e quando ainda integra o interesse útil do credor (mora). A execução pelo equivalente, a seu turno, representa o interesse secundário, atrelado à responsabilidade, ou seja, à execução genérica (execução coativa indireta) da obrigação convertida em pecúnia, buscada no patrimônio do devedor, justamente por não mais ser viável a sua realização *in natura* (inadimplemento absoluto).¹⁴⁵

Não se discorda da possibilidade de que o efeito restitutivo da resolução possa ser operacionalizado pelo valor equivalente. Contudo, não parece que tal condição possa ser denominada, ainda que genericamente, execução pelo equivalente, a qual, como exposto, não retrata mera operacionalização de um dos efeitos do remédio resolutorio, mas sim, remédio específico e autônomo contra o inadimplemento absoluto. A doutrina citada, inclusive, já reconheceu a diferença entre execução pelo equivalente e restituição pelo equivalente.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Nesse sentido, enfatizando a impossibilidade de se interpretar o art. 475 do Código Civil no sentido de que a execução específica seria o remédio alternativo à resolução: “O dispositivo [o autor faz alusão ao art. 475 do Código Civil] atribui ao credor duas opções: resolver o liame contratual ou exigir o seu cumprimento. Todavia, não devem ser compreendidas literalmente. Isso porque, neste contexto, exigir o cumprimento do contrato não representa pedir a sua execução específica” (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 401).

¹⁴⁵ Ao discorrer sobre o cumprimento pelo equivalente, João Calvão da Silva dispõe que este: “[n]ão é, portanto, um meio ou instrumento que realize a prestação devida, que proporcione ao credor o mesmo objectivo da prestação a que tinha direito e satisfaça, assim, o interesse primário que está na origem do vínculo obrigacional. É antes um meio que acaba por limitar-se a ressarcir os danos causados pelo inadimplemento, mas que não realiza nem satisfaz o interesse primário do credor por não alcançar o resultado prático do cumprimento, proporcionando-lhe apenas uma satisfação sucedânea, equivalente e aproximada” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1995, p. 146).

¹⁴⁶ A propósito, a diferenciação entre o efeito restitutivo da resolução com base no equivalente em dinheiro e a execução pelo equivalente: “Distinguem-se, em suma, as hipóteses da *restituição pelo equivalente* e da denominada *execução pelo equivalente*. Na primeira hipótese (restituição do equivalente), o desfazimento do vínculo justifica que os contratantes restituaem, em regra (incorporadas as ressalvas supramencionadas), tudo aquilo que houverem recebido em razão do contrato e, na impossibilidade de assim procederem, que paguem montante correspondente ao valor da coisa ou prestação não passível de devolução. Já na segunda hipótese (execução pelo equivalente), caso tal alternativa fosse admissível, a perda ou deterioração da coisa não conduziria necessariamente à resolução do contrato, e, com isso, o credor assumiria a prerrogativa de cobrar o cumprimento não mais da prestação originalmente pactuada (pois já reputada impossível), mas sim de uma prestação a ela correspondente” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Cláusulas limitativas ou excludentes do dever de restituir: Estudo a partir da releitura funcional dos efeitos da resolução*. In: DE SOUZA, Eduardo Nunes; SILVA,

Quanto ao mais, como também se demonstrará, ao se falar em cumprimento do contrato com base no equivalente em dinheiro, após a caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, não se está a retroceder na análise funcional a respeito do momento patológico do contrato, reconhecendo-se que a possibilidade de cumprimento decorreria, na verdade, do suporte fático da mora.

Na verdade, tendo por base o remédio contratual da execução pelo equivalente, o cumprimento é necessariamente precedido da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, verificado à luz do interesse útil do credor e da impossibilidade de cumprimento da avença da forma originalmente pactuada, quanto ao objeto prestacional, em sua forma específica.¹⁴⁷

A execução pelo equivalente representa, como exposto, o cumprimento via sucedâneo pecuniário, somente possível após a frustração definitiva da programação contratual original quanto ao objeto mediato, pois se de mora se estivesse a falar, o cumprimento baseado no equivalente em dinheiro, na pendência de um interesse útil atrelado ao objeto prestacional original, violaria o princípio da identidade da prestação. Daí a se entender, para os fins deste estudo, que se trata, o cumprimento pelo equivalente em dinheiro, de remédio contratual com natureza jurídica de cumprimento, mas diferido, em razão da necessidade de que, previamente, se caracterize o inadimplemento absoluto.

Manterá, nesse caso, o credor, a despeito do inadimplemento absoluto pela frustração do objeto mediato, interesse nos efeitos proporcionados pelo cumprimento em dinheiro correspondente à prestação frustrada, considerando-se, assim, o objeto imediato daquela relação jurídica e a transformação do objeto mediato em seu correspondente econômico-financeiro. E essa substituição do objeto prestacional pelo equivalente em dinheiro é possível por meio da sub-rogação real. Esse ponto restará mais claro no capítulo 2.3.

Há, ainda, doutrina que, embora não se oponha à existência de uma execução pelo equivalente, corroborando a sua existência e relevância, entende que esse remédio contratual

Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 663-700).

¹⁴⁷ Para Inocêncio Galvão Telles, o inadimplemento absoluto considera a frustração do objeto prestacional, como ocorre na execução pelo equivalente, admitindo a conversão do bem da vida em seu equivalente em dinheiro: “Verifica-se a inexecução definitiva da prestação quando esta se torna impossível para sempre. A prestação, que era realizável no momento em que a obrigação se constituiu, impossibilita-se subsequentemente, em termos definitivos. O devedor fica, portanto, de vez, *impedido de cumprir a prestação, pelo menos na forma específica*. Assim sucede nas prestações de *dare* se a coisa perece ou se extravia sem possibilidade de recuperação; e nas prestações de *facere* se o facto prometido se torna irrealizável, como se se promete vender um imóvel que, entretanto, é expropriado ou alineado a terceiro. Como definitiva se considera também a impossibilidade da prestação, segundo vimos no número anterior, se antes de cessar o impedimento, em si transitório, a prestação deixa de ter utilidade para o credor” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1980, p. 270-271).

se basearia, na verdade: (i) em uma interpretação diferenciada do vocábulo “equivalente”, reconhecendo que este se referiria, na verdade, à indenização mínima – ou a parte dela – a ser paga ao credor diante do inadimplemento absoluto, e (ii) em um método próprio de fixação do equivalente em dinheiro.¹⁴⁸

Por razões didáticas e para evitar a antecipação dos pontos a serem abordados neste estudo, a análise a respeito desse entendimento será apresentada quando da definição sobre a dinâmica entre o binômio débito e responsabilidade – incluída nessa perspectiva a análise referente à responsabilidade civil –, e a sua relevância para a compreensão do remédio da execução pelo equivalente, precisamente no capítulo 2.2.

Trata-se de questão deveras relevante para o delineamento conceitual e prático da execução pelo equivalente. O diálogo é, sem dúvida, proveitoso e salutar para a análise proposta, e permite que se reconheça o fato de que, a despeito da discordância estrutural, o entendimento acerca da efetividade da execução pelo equivalente já é admitido por grande parte da doutrina.

Sob qualquer aspecto que se analise, a dinâmica proposta pelo ordenamento jurídico brasileiro para a execução pelo equivalente em dinheiro, como já se demonstrou: (i) está presente em enunciados normativos expressos do Código Civil; (ii) é reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e (iii) é amplamente abordada pela doutrina. Não há dúvida; é fato.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a possibilidade de cumprimento pelo equivalente em dinheiro, instrumentalizando e normatizando a regra geral prevista no art. 475 do Código Civil. É o que se observa, a título exemplificativo, a partir do disposto nos artigos 234, 236, 254, 255 e 279 do Código Civil.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Renata Steiner, no que tange à repercussão do vocábulo “equivalente”, afirma existirem duas correntes que, embora reconheçam a chancela do ordenamento jurídico brasileiro a uma “execução pelo equivalente”, atribuem ao instituto feições técnicas diversas: “uma primeira corrente, defendida por Aline Terra, considera que há sub-rogação objetiva da prestação *in natura* pelo seu equivalente pecuniário. Sob essa perspectiva, o equivalente é a prestação e, assim, não tem conteúdo indenizatório”, e, ainda, uma segunda corrente, à qual a própria autora se filia, que “vislumbra no cumprimento pelo equivalente conteúdo indenizatório, representativo de um método de cálculos da indenização devida por sub-rogação da obrigação *in natura* pelo seu equivalente pecuniário” (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342).

¹⁴⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018. Nesse sentido: “Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos”; “Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com o direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”; “Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos”; “Art. 254. Se, por culpa do

Observa-se dos referidos enunciados normativos, em comum e em consonância com o disposto no art. 475 do Código Civil: (i) a previsão do *suporte fático do inadimplemento absoluto*: ao se fazer alusão ao fato *imputável* ao devedor e à perda da coisa com base na *culpa* do devedor; (ii) a *responsabilidade* do devedor, com base nas seguintes expressões: “responderá este [o devedor]”, “poderá o credor exigir”, “ficará aquele [o devedor] obrigado”, “o credor terá o direito de exigir”, “poderá o credor reclamar”, “subsiste para todos [os devedores] o encargo”; (iii) a relação entre *inadimplemento absoluto* e a obrigação do devedor, acima indicadas, com base no valor *equivalente*, definido por expressões como: “pelo equivalente”, “o equivalente”, “pagar o valor”, “exigir o valor”, “reclamar o valor” e “pagar o equivalente”; e por fim (iv) a alusão à *cumulação* das perdas e danos, a partir das seguintes expressões: “mais perdas e danos”, “com o direito de reclamar (...) perdas e danos”, “além da indenização por perdas e danos”.

Não se trata, portanto, a execução pelo equivalente, de uma inovação, mas sim, da verificação da existência de instituto jurídico com função remedial, no ordenamento brasileiro, que é pouco explorado¹⁵⁰ e confundido com institutos diversos, mas que se revela verdadeiro instrumento de tutela do interesse útil do credor, à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto, pautando-se na continuidade da relação obrigacional com base em um programa contratual remodelado pontualmente quanto ao seu objeto prestacional, à luz do equivalente pecuniário à prestação frustrada em definitivo.¹⁵¹

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu ao credor o direito de, como alternativa à resolução, diante do suporte fático do

devedor, não se puder cumprir nenhuma das prestações, não competindo ao credor a escolha, ficará aquele obrigado a pagar o valor da que por último se impossibilitou, mais as perdas e danos”; “Art. 255. Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexecutíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos”; e “Art. 279. Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado”. Em relação à obrigação de dar coisa certa, reconhecendo-se a disciplina legal no sentido da “manutenção do vínculo obrigacional com substituição da prestação pelo equivalente pecuniário”, permita-se remeter a: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 59-60.

¹⁵⁰ Nesse sentido: “Diz-se cumprimento pelo equivalente, execução pelo equivalente ou execução por sub-rogação a situação na qual o credor lesado ao invés de receber a obrigação, devida *in natura*, recebe o seu valor substitutivo em pecúnia. Dentre os remédios aplicáveis ao descumprimento, esse é certamente o menos explorado por doutrina e jurisprudência brasileiras. A constatação se reflete em uma quase ausente produção acadêmica sobre ele” (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342).

¹⁵¹ A doutrina reconhece que “não sendo possível a prestação *in natura*, assiste ao credor o direito de haver em pecúnia o equivalente, mais os prejuízos que a inexecução deu causa” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 701).

inadimplemento absoluto, valer-se da execução pelo equivalente. Faz-se alusão ao acórdão proferido quando do julgamento do EREsp 1.280.825/RJ,¹⁵² em que se afirmou, expressamente, que a expressão “se não preferir exigir-lhe o cumprimento”, contida no bojo do art. 475 do Código Civil, deve ser interpretada como cumprimento/execução pelo valor equivalente.

Nos termos do voto proferido pela Ministra Nancy Andrichi, acompanhado pela maioria dos Ministros integrantes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade, considerou-se, literalmente, a necessária “observância à lógica e à coerência” do ordenamento jurídico brasileiro, como não poderia deixar de ser.

E nesse diapasão, foram decompostas, sob o ponto de vista técnico, as possíveis condutas a serem adotadas pelo credor diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, dispondo-se expressamente, nos termos do aresto em comento, o seguinte: “[n]a hipótese de inadimplemento definitivo (art. 475 do CC/02), o credor poderá escolher entre a *execução pelo equivalente* ou, observados os pressupostos necessários, a resolução da relação jurídica contratual”, enfatizando-se que, “em ambas as alternativas, poderá requerer, ainda, o pagamento de perdas e danos eventualmente causadas pelo devedor”.

Veja-se, ademais, que também a delimitação do prazo prescricional para que o credor possa demandar com base na execução pelo equivalente foi considerada nos termos do acórdão proferido quando do julgamento do EREsp 1.280.825/RJ. Firmou-se, naquele contexto, que tal pretensão pode ser exercida “pelo prazo de dez anos”.¹⁵³

Como se observa, a execução pelo equivalente tem, de fato, natureza jurídica de cumprimento da prestação avençada, com base em seu equivalente em dinheiro, com *aplicabilidade diferida*, por estar diretamente relacionada a dois eventos prévios e necessários: (i) o inadimplemento absoluto; e (ii) o exercício do direito potestativo pelo credor, nos termos do art. 475 do Código Civil. A execução pelo representa, portanto, o único cumprimento possível em decorrência do incumprimento definitivo e imputável prévio.

Diante do exposto, a norma legal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a execução pelo equivalente como remédio contratual autônomo, idôneo e capaz de exercer a função remedial que busca o credor no momento patológico, em que a relação jurídica originalmente pactuada é afetada em definitivo, quanto ao seu objeto prestacional, por fato imputável ao devedor.

¹⁵² STJ, 2ª S., EREsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 27.06.2018.

¹⁵³ “Da mesma forma, diante do inadimplemento definitivo, o credor poderá exigir a execução pelo equivalente ou a resolução contratual e, em ambos os casos, o pagamento de indenização que lhe for devida, igualmente pelo prazo de dez anos” (STJ, 2ª S., EREsp 1.280.825/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 27.06.2018).

Ademais, embora ainda seja um instituto jurídico pouco explorado, esse remédio contratual possui chancela legal, jurisprudencial e é igualmente reconhecido por farta e qualificada doutrina.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Entre outros: (i) Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Na impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, por culpa do devedor, cabe ao credor ou manter o contrato, requerendo o equivalente e mais indenização por perdas e danos, ou resolvê-lo, mediante o exercício do seu direito formativo (art. 475 do Código Civil), igualmente com direito à indenização” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 95-96). (ii) para Araken de Assis: “o inadimplemento absoluto torna irrecuperável a prestação, e, portanto, inútil ao credor trilhar o caminho da demanda de cumprimento, exceto para pedir uma prestação pecuniária equivalente” (ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 611). (iii) Para Pontes de Miranda: “A execução em natura ou específica é a que mais perfeitamente reestabelece o estado anterior, ou estabelece o estado que corresponde à justiça. Somente onde a execução específica não se pode obter, ou onde ela não satisfaz, é que se busca a execução no valor, ou, mais claramente, a execução forçada pela retirada e entrega do valor correspondente. (...) A execução em natura é, portanto, logicamente, a regra. Se a execução forçada não pode ser em natura, tem de ser por execução de valor” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25, p. 197-198). (iv) Para Orlando Gomes: “Na execução genérica, pede o credor, além do equivalente em dinheiro, a indenização dos prejuízos sofridos em consequência da inexecução, as quais podem decorrer tanto da mora como do próprio inadimplemento” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 186). (v) Para Judith Martins-Costa e Cristiano Zanetti: “a preservação da coerência do ordenamento jurídico exige que, como regra, o credor tenha à disposição o mesmo prazo para exercer os distintos direitos que possui diante do descumprimento, a saber, a execução específica, a execução pelo equivalente ou a resolução, somadas, em todas as hipóteses, às perdas e danos decorrentes do inadimplemento. O raciocínio em sentido diverso priva de lógica e de coerência o ordenamento e, portanto, não encontra abrigo entre nós” (MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 979, p. 215-241, mai. 2017). (vi) Para Antunes Varela: “A título ilustrativo, pode-se pensar na obrigação de entregar mercadorias a cargo do fornecedor que tenha se tornado inútil pelo grande atraso. Nessa hipótese, o distribuidor poderá exigir valor equivalente ao que tais mercadorias teriam na data da entrega” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 2, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 151). (vii) Para Gustavo Tepedino, Carlos Konder e Paula Greco Bandeira: “identificada a impossibilidade da prestação ou a sua inutilidade para o credor à luz da função da relação obrigacional, não seria lógico admitir a execução do contrato. Em tais casos, a alusão à possibilidade de a parte lesada pelo inadimplemento da obrigação ‘pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento’ (CC, art. 475) deve ser interpretada no sentido de que cabe ao credor, vítima do inadimplemento absoluto, decidir entre exercer o direito à resolução contratual, com o retorno ao *status quo ante*, e a devolução das prestações anteriormente transferidas no âmbito da relação contratual; ou, se preferir não exigir a devolução das prestações já efetuadas, exigir o valor equivalente à prestação que lhe era contratualmente devida. Seja qual for o caso, reserva-se à parte lesada pelo inadimplemento, evidentemente, o direito à reparação dos danos eventualmente sofridos em virtude do inadimplemento” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 155). (viii) Para Aline de Miranda Valverde Terra: “O fato de restar configurado o inadimplemento absoluto não conduz, necessariamente, à correspondente perda do interesse do credor na relação obrigacional. Diversas são as razões que podem levar o credor a preferir a manutenção da relação obrigacional à resolução, ainda que com seu objeto modificado. E isso decorre, sobretudo, dos efeitos que a preservação do vínculo jurídico lhe proporciona” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018). (ix) Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “O pressuposto da execução por equivalente é, por isso, o incumprimento definitivo da obrigação. Já a execução específica pressupõe a manutenção, na esfera do credor, do seu direito à prestação original. O seu pressuposto é, por isso, apenas a simples mora” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações: transmissão e extinção das obrigações: não cumprimento e garantias do crédito*, 12. ed., v. 2. Coimbra: Almedina, 2018, p. 283-284). (x) João Calvão da Silva, ao discorrer sobre a execução genérica, dispõe não ser esta “um meio ou instrumento que realize a prestação devida, que proporcione ao credor o mesmo objectivo da prestação a que tinha direito e satisfaça, assim, o interesse primário que está na origem do vínculo obrigacional. É antes um meio que acaba por limitar-se a ressarcir os danos causados pelo inadimplemento, mas que não realiza nem satisfaz o interesse primário do credor por não alcançar o resultado prático do cumprimento, proporcionando-lhe apenas uma satisfação

Trata-se, como se vê, de remédio idôneo, que se adequa à ótica funcional do direito privado e guarda estreita relação com as transformações pelas quais vem passando a relação obrigacional ao longo dos anos, com especial enfoque nas constantes transformações conceituais, temporais e consequenciais relacionadas à definição das bases do adimplemento e do inadimplemento obrigacional, especialmente diante do tratamento ainda efêmero dado pela norma legal ao suporte fático do inadimplemento absoluto e aos seus remédios específicos.

Passa-se, então, após a análise acerca do suporte fático da execução pelo equivalente, à luz do inadimplemento absoluto, e dos fundamentos que evidenciam a sua previsão e tutela no ordenamento jurídico brasileiro, à análise da relação do instituto com o binômio débito e responsabilidade.

2.2 Débito/responsabilidade e execução pelo equivalente

sucedânea, equivalente e aproximada” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1995, p. 146). (xi) Para Mário Júlio de Almeida Costa: “Consoante se alcance um ou outro dos resultados, quer dizer, o credor obtenha o próprio bem ou interesse objecto da prestação, apenas com a diferença de esta não ser realizada tempestiva e voluntariamente, ou tão-só o seu equivalente pecuniário ou económico, assim se opera uma *execução específica* (arts. 827 e segs.) – também chamada, *execução real, restauração ou reconstituição natural* (art. 566, nº. 1) – ou uma *execução pelo equivalente*” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 155). (xii) Para Giovanni Ettore Nanni: “Logo, diante do inadimplemento absoluto de uma das partes, o ordenamento confere ao contratante inocente duas alternativas, ambas previstas no artigo 475 do Código Civil, fica a critério da parte lesada escolher entre qual vai seguir. Em primeiro lugar, o contratante inocente pode optar pela execução do pactuado. Naturalmente, não se tem em mente a execução específica, mas sim a chamada execução pelo equivalente, graças à qual o credor pode obter o resultado projetado com a celebração do contrato, mediante o recebimento de uma prestação pecuniária” (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 405). (xiii) Para Francisco Marino: “(...) a opção do legislador brasileiro parece ir ao encontro da teoria que vê, no caso, não a mera extinção da obrigação original com o correlato surgimento da obrigação de indenização, mas sim a perpetuação da obrigação original, transformada (quanto ao objeto) em equivalente pecuniário” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Responsabilidade Contratual: efeitos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409-431). (xiv) Para Ana Carolina Devito Dearo Zanetti: “A execução pelo equivalente efetiva-se por meio de uma prestação de natureza pecuniária que substitui a prestação inicialmente prevista. Trata-se, em suma, de equivalente econômico-jurídico que a lei coloca em lugar da prestação que se tornou irrealizável. Há, portanto, uma transformação da relação obrigacional ao substituir a prestação inicialmente pactuada, que se tornou inútil ou impossível, por uma prestação equivalente de natureza pecuniária” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119-120). (xv) Para Darcy Bessone: “Verificado o inadimplemento, o prejudicado tem ação contratual para exigir o cumprimento do contrato. Se for possível a execução na espécie prometida (execução direta, específica ou *in natura*), o contrato será exatamente cumprido, salvo no tocante à pontualidade ou ao modo de cumprimento (art. 1.056 do Cód. Civil). Se não o for, a execução se realizará pela via indireta, isto é, através do equivalente em dinheiro” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 251-252).

Como asseverado, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, porventura caracterizado no curso de uma relação obrigacional – vista como um processo, visando ao adimplemento –, pode ser mais interessante ao credor, tendo por base a equação econômico individual do contrato, obter do devedor o valor equivalente em dinheiro à prestação frustrada, em lugar da resolução, sabidamente um remédio extremo e excepcional.

Feita essa escolha, manter-se-ão híginas todas as bases da relação obrigacional, com a conversão pontual do objeto mediato em seu equivalente pecuniário, permitindo-se ao credor que, mesmo com base no correspondente econômico-financeiro, ainda possa, por escolha pessoal sua, ter o seu interesse em alcançar o bem da vida originalmente pactuado atendido com base no acesso ao equivalente em dinheiro.¹⁵⁵

Observe-se que o objeto mediato, quando se trata de hipótese de inadimplemento absoluto, já terá sido integralmente fulminado, seja pela impossibilidade de cumprimento por parte do devedor, seja pela perda de interesse útil do credor em definitivo – ou por ambos, simultaneamente –, por fato imputável ao devedor, no que concerne à absoluta identidade do bem da vida perquirido pelo credor com a relação jurídica.

Há, portanto, na execução pelo equivalente, uma necessária e prévia frustração da identidade do objeto que caracteriza a prestação originária. Somente com a frustração quanto à possibilidade de se obter o cumprimento específico é que se pode falar no cumprimento pelo valor equivalente, sob pena de violação ao princípio da *identidade* da prestação, como já se dispôs. Assim, uma vez caracterizado o inadimplemento absoluto, pode, o credor, então, lançar mão do remédio do cumprimento pelo equivalente pecuniário. Para Agostinho Alvim, a execução direta, *sempre que possível*, é obrigatória para o devedor. E não há dúvida.¹⁵⁶

Também é relevante reconhecer que a *patrimonialidade* da prestação é elemento atrelado à relação obrigacional, de tal modo que, embora possa envolver um interesse não diretamente patrimonial, o bem da vida albergado pelo objeto mediato deve sempre ter

¹⁵⁵ Assim: “A execução pelo equivalente efetiva-se por meio de uma prestação de natureza pecuniária que substitui a prestação inicialmente prevista. Trata-se, em suma, de equivalente econômico-jurídico que a lei coloca em lugar da prestação que se tornou irrealizável. Há, portanto, uma transformação da relação obrigacional ao substituir a prestação inicialmente pactuada, que se tornou inútil ou impossível, por uma prestação equivalente de natureza pecuniária” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119-120).

¹⁵⁶ Concorde-se com a lição de Agostinho Alvim: “Com efeito, admitir que, por se estar no campo dos direitos obrigacionais, ou pessoais, a consequência única do inadimplemento vem a ser a obrigação de prestar o equivalente em dinheiro, é o mesmo que atribuir a toda obrigação o caráter de alternativa a favor do devedor, que poderá sempre, ou cumpri-la, ou indenizar. Ou, então, será admitir uma *datio in solutum* sem o consentimento do credor” (ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 30).

contornos de natureza patrimonial,¹⁵⁷ dotado, portanto, de repercussão econômica, sob pena de, em ótica invertida, admitir-se, por exemplo, o tratamento de situações jurídicas existenciais sob a ótica patrimonialista típica da relação obrigacional, do que não se deve cogitar.¹⁵⁸

Mesmo por isso, a instrumentalização do objeto mediato em seu respectivo valor financeiro, como sói ocorrer na execução pelo equivalente, revela coerência lógico-sistemática. Ora, se a patrimonialidade é ínsita à relação obrigacional – sem que se queira afirmar, para os fins deste estudo, tratar-se de requisito de validade da relação obrigacional –, pode-se dizer que o objeto prestacional deve ser passível de quantificação pecuniária; a relação é de causa e efeito.

Sob essa perspectiva lógica, o que autoriza, portanto, o credor a pleitear no patrimônio do devedor o cumprimento indireto da obrigação avençada, pelo seu equivalente em aspecto pecuniário, é a responsabilidade patrimonial do devedor, somada ao interesse remanescente do credor no valor equivalente à prestação frustrada.¹⁵⁹ É dessa maneira que se tornará

¹⁵⁷ Mário Júlio de Almeida Costa pondera os dois conceitos que podem ser extraídos da chamada patrimonialidade da prestação: “Num primeiro sentido – em nossos dias mais frequentes –, alude-se à exigência de que a prestação devida revista necessariamente natureza econômica, que se mostre susceptível de avaliação pecuniária. (...) Sob outro ângulo, a patrimonialidade da obrigação significa que, no direito moderno, ao contrário dos sistemas antigos, o inadimplemento só confere ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor e não contra a sua pessoa” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 101). Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “por patrimonialidade entende-se a susceptibilidade de a obrigação ser avaliável em dinheiro, tendo, portanto, conteúdo econômico” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. 1, 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 87).

¹⁵⁸ Nesse sentido: “não é que a obrigação não seja válida se a prestação não for patrimonial: simplesmente não será uma obrigação, mas outro tipo de dever jurídico, merecedor de tratamento normativo específico. A patrimonialidade se refere à qualificação do dever jurídico, à determinação das normas que lhe são aplicáveis, mas não à sua relevância jurídica; esta, sim, é fixada a partir do merecimento de tutela dos interesses envolvidos. O perigo de admitir a existência de obrigações não patrimoniais é enquadrar estas hipóteses em uma estrutura jurídica (o direito de crédito), cuja disciplina normativa, como se sabe, foi toda elaborada tendo em vista situações patrimoniais, tratando-as com desprezo ao seu valor existencial” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-298). Na mesma linha, a lição de Inocêncio Galvão Telles: “O interesse do credor não tem que revestir carácter econômico, podendo tratar-se de um interesse ideal ou espiritual (como o de assistir a um espetáculo). Quanto à prestação devida em si, entendia-se tradicionalmente que, pela própria natureza das coisas, assumia sempre carácter econômico, sendo necessariamente avaliável em dinheiro. O novo Código Civil afastou esse modo de ver. É duvidoso, no entanto, que em concreto possam existir verdadeiras obrigações cujo objecto não possua valor pecuniário. O problema oferece escasso interesse prático, pois que, mesmo a aceitar-se como certa a posição do novo Código, a obrigação apresentará carácter patrimonial na esmagadora maioria dos casos” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1980, p. 2-3).

¹⁵⁹ Nesse sentido, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, para quem, inclusive, a responsabilidade patrimonial seria uma espécie de garantia: “O débito seria o vínculo principal da obrigação, consistente no dever de efectuar a prestação, enquanto a responsabilidade consistiria num vínculo de garantia, traduzido num estado de sujeição do patrimônio do devedor ao credor, que lhe asseguraria o equivalente patrimonial da prestação, em caso de não cumprimento. O credor teria assim dois direitos fundamentais, um direito à prestação, que seria um direito pessoal, e um direito sobre o patrimônio do devedor, que seria um direito real de garantia. O primeiro seria

possível ao credor ter acesso ao valor equivalente à prestação que deixou de ser cumprida em sua identidade pelo devedor.

É nesse aspecto que se faz relevante a análise detida sobre o binômio “débito” (*debitum* ou *schuld*) e “responsabilidade” (*obligatio* ou *haftung*) na relação obrigacional,¹⁶⁰ para a operatividade da execução pelo equivalente, tendo por base a teoria dualista¹⁶¹ do vínculo jurídico, visto como relação jurídica obrigacional complexa para os fins do presente estudo, como já mencionado no capítulo primeiro.¹⁶²

O “débito” corresponde à própria prestação; ao dever do obrigado de agir, em aspecto funcional, com base em um comportamento em prol do adimplemento da obrigação e de prestar o objeto efetivamente pactuado entre as partes. O débito envolve, portanto, o efeito jurídico pretendido, decorrente do comportamento de cumprimento do devedor (objeto imediato), e a prestação efetiva (objeto mediato). A responsabilidade, a seu turno, representa a possibilidade de, diante da frustração imputável ao devedor, no tocante ao não cumprimento do débito, socorrer-se, o credor, de medidas capazes de lhe permitir o alcance da prestação ou de seu equivalente/sucedâneo pecuniário.¹⁶³

satisfeito mediante o cumprimento voluntário, por parte do devedor, enquanto o segundo se exerceria através da intervenção dos mecanismos coactivos, mediante o processo de execução forçada” (LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. 1, 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 79).

¹⁶⁰ Não se tem a pretensão, no presente estudo, de abordar as questões atinentes à possibilidade de que, em determinadas relações jurídicas, não estejam presentes simultaneamente as duas figuras, embora se reconheça, para fins didáticos e explicativos, a possibilidade de que tais elementos se apresentem sozinhos, em algumas relações jurídicas. A invocação do binômio “débito” e “responsabilidade” é feita, portanto, a título genérico.

¹⁶¹ Para Caio Mário da Silva Pereira: “a doutrina moderna enxerga na obrigação um débito (*Schuld*) e uma garantia (*Haftung*)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 25).

¹⁶² A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira reconhece haver, na relação obrigacional, “uma relação entre pessoa e pessoa, com projeção no patrimônio do devedor”, reconhecendo a ideia de vínculo jurídico, mas enaltecendo a doutrina mais recente, que “acentua a necessidade de a obrigação ser analisada sob um aspecto dinâmico e funcional, em que o dever de cooperar, entre outros, é reconhecido em relação ao credor”, tornando-se, portanto, relevante a noção de relação jurídica, quando se dispõe genericamente sobre o vínculo jurídico. Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 24-25.

¹⁶³ Nas palavras de Antunes Varela: “Desde há muito os juristas assinalam na vida da obrigação a existência de dois momentos sucessivos: o dever de prestar imposto ao devedor e o correlativo direito à prestação atribuído ao credor; o poder de agressão do credor sobre o patrimônio do devedor, no caso de este não cumprir, e a consequente garantia geral da obrigação. A novidade da doutrina alemã, iniciada com as investigações de Von Amira, está no facto de ter feito destes dois momentos sucessivos, duas relações distintas, com existência autónoma e diferente natureza jurídica” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 144). No mesmo sentido: “No campo contratual, o inadimplemento de uma obrigação produz um desequilíbrio contra o qual se insurge o direito, concedendo ao credor instrumentos para haver do responsável o equivalente à prestação, mais o ressarcimento por prejuízos outros a que a inexecução tenha dado causa. (...) Percebe-se, portanto, que o art. 391 representa a adoção legislativa expressa de antigo princípio (*princípio da responsabilidade patrimonial*), ainda vigente no campo da responsabilidade contratual. (...) O patrimônio do devedor permanece, pois, num estado de sujeição enquanto a obrigação não for cumprida. É lá que o credor buscará, nesta hipótese, o sucedâneo da prestação” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 703-704).

É nessa medida que se aproximam e se afastam os conceitos de débito e responsabilidade. Ao mesmo tempo em que caracterizam aspectos diversos da obrigação, se entrelaçam; a responsabilidade segue o débito como a sombra segue o corpo, nas palavras de Karl Larenz, que afirma, no mesmo sentido, que a relação de atração da responsabilidade pelo débito retrata uma espécie de força gravitacional.¹⁶⁴

José de Aguiar Dias, encampando o conceito de responsabilidade de Josserand, afirma que se confundem, no mesmo patrimônio, o crédito pela reparação e a obrigação respectiva, figurando, assim, o conceito de responsabilidade como aspecto mais amplo, de fato.¹⁶⁵

Reconhece-se, assim, a responsabilidade¹⁶⁶⁻¹⁶⁷ patrimonial do devedor pelos desdobramentos decorrentes de seu inadimplemento.¹⁶⁸ Nesse cenário, operacionaliza-se, a favor do credor, a “garantia”¹⁶⁹ em sentido amplo funcionalmente chancelada pelo elemento da responsabilidade.¹⁷⁰ Assim, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, a única

¹⁶⁴ Assim: “Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber prestar, pero aquélla sigue a ésta como la sombra al cuerpo. El que asume una obligación no se hace cargo sólo de un deber jurídico-moral (lo que para algunos significaría muy poco), sino que corre el riesgo de perder su patrimonio (o una parte del mismo) por vía ejecutiva. De esta suerte la ‘responsabilidad’ que acompaña a la ‘deuda’ transmite a ésta una especie de gravitación” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 34).

¹⁶⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 20.

¹⁶⁶ Quanto ao ponto: “A responsabilidade patrimonial significa que o devedor responde com todos os seus bens. A vinculação alcança-os, tanto os bens presentes como os futuros, isto é, os que o devedor possui no momento em que contrai a obrigação e os que vierem a lhe pertencer quando sucede a execução (...). A execução coativa indireta procede-se por diversos meios, regulados na lei processual. Destina-se a dar satisfação ao credor por equivalência” (GOMES, Orlando. *Obrigações*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 185).

¹⁶⁷ Nessa linha: “Efectivamente, a faculdade que a lei atribui ao credor de executar o patrimônio do devedor, principal tutela jurídica de que goza o direito de crédito, representa uma forma de assegurar ao credor a realização do seu direito, e nesse sentido constitui naturalmente uma garantia” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 62-63).

¹⁶⁸ Singela ponderação se faz necessária para que se rememore que o reconhecimento da responsabilidade do devedor com base em seu patrimônio e não em sua própria pessoa, impondo-se atos próprios para que, então, de maneira forçada, pudesse ser cumprida a obrigação inadimplida, revelou um dos principais pontos de evolução do direito das obrigações ao longo dos séculos. Karl Larenz aborda a questão: “El hecho de que todo deudor responda, en principio, por cualquier deuda frente al acreedor con todo su patrimonio, no es natural, sino que descansa en una larga evolución del derecho de obligaciones y del derecho de ejecución. Originariamente, tanto en el Derecho romano como en el germánico respondía el deudor con su propia persona, y ello em virtud de un contrato especial de responsabilidad, de una especie de autopignoración” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 33).

¹⁶⁹ Sobre esse ponto, assevera, José de Aguiar Dias: “Mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a ideia de obrigação. A noção de garantia, empregada por alguns autores, em hábil expediente para fugir às dificuldades a que os conduz seu incondicional apego à noção de culpa, como substituta da responsabilidade, corresponde, ela também, à concepção de responsabilidade” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 2). Relevante, ademais, a ênfase dada por Menezes Leitão à divergência doutrinária acerca da natureza da responsabilidade: “Alguns afirmam o seu cariz privatístico, configurando-a como um direito real de garantia sobre os bens do devedor. Outros acentuam o seu cariz publicístico, configurando-o como um direito de natureza processual, dirigido contra o Estado” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. 1, 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81-82).

¹⁷⁰ Reconhece Caio Mário da Silva Pereira que “[e]mbora os dois elementos *Schuld* e *Haftung* coexistam na obrigação normalmente, o segundo (*Haftung*) habitualmente aparece no seu inadimplemento: deixando de cumpri-la o sujeito passivo, pode o credor valer-se do princípio da responsabilidade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 25).

alternativa que resta ao credor que ainda mantém interesse útil no cumprimento da prestação pelo equivalente pecuniário é buscar a satisfação na universalidade de bens que compõe o patrimônio do devedor.¹⁷¹

Como se sabe, estabelece, o art. 391 do Código Civil, uma cláusula geral de responsabilização patrimonial do devedor por eventual desaprumo no cumprimento de suas obrigações, dispondo que: “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. No mesmo sentido, os termos do art. 789 do Código de Processo Civil: “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.¹⁷² A interpretação, como se vê, deve ocorrer também considerando a ressalva de impenhorabilidade de determinados bens, nos termos legais, o que não afasta o caráter geral dos enunciados normativos em tela.

É essa execução genérica e indireta que caracteriza a execução pelo equivalente. O que se pretende com a execução do contrato, nesse sentido, é alcançar o cumprimento da prestação frustrada diretamente no patrimônio do devedor, modificando-se, assim, o objeto mediato da prestação por seu equivalente em dinheiro, para que se possa seguir, no prumo da relação jurídica originária, rumo ao cumprimento por correspondência econômico-jurídica.

Pode-se afirmar, sob dupla perspectiva, funcional e lógico-sistemática, portanto, que a execução pelo equivalente proporciona ao credor o cumprimento de uma programação contratual remodelada pontualmente quanto ao seu objeto prestacional,¹⁷³ franqueando-lhe acesso ao equivalente pecuniário da prestação inadimplida em definitivo, mantendo intactas

¹⁷¹ Nesse sentido, de maneira direta, para Washington de Barros Monteiro: “O devedor obriga-se; seu patrimônio responde. Se ele paga, desaparece o *Schuld*; se não paga, surge a *Haftung*, meio de constrangimento que permite ao credor passar à execução” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte, v. 4. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 23).

¹⁷² Para Leonardo Greco: “A responsabilidade patrimonial ou executiva é a sujeição do patrimônio de alguém às medidas executivas destinadas à satisfação da prestação constante do título. Patrimônio é a soma de bens e direitos de uma pessoa suscetíveis de apreciação econômica. (...) Ao incidir sobre os bens do devedor, a execução nada mais faz do que atuar sobre o patrimônio que o direito material sujeitou como garantia ao pagamento da dívida ou ao cumprimento da prestação, conforme esse mesmo direito. (...) Essa definição da responsabilidade, como pertencente ao direito material, não elimina o interesse de examiná-la em um estudo processual sobre a execução, porque, se não compete ao direito processual definir qual é o universo dos bens que responde pelo cumprimento das obrigações do devedor, vai caber ao processo disciplinar de que modo, na sua atividade prática de buscar pela execução a satisfação do credor, a jurisdição vai recair sobre esse patrimônio” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-8).

¹⁷³ Nesse sentido: “Na execução pelo equivalente, mantém-se o contrato, mas se modifica a relação obrigacional originalmente pactuada, e o credor persegue a realização de um programa contratual remodelado” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

todas as bases da relação obrigacional.¹⁷⁴ É bom que se diga, ademais, que, ao se falar em responsabilidade não se está a discorrer sobre a responsabilidade civil.¹⁷⁵

Esse ponto, aliás, dialoga com a já mencionada corrente doutrinária que reconhece o remédio da execução pelo equivalente, mas com base em uma dinâmica estrutural diversa. A diferença entre a perspectiva do remédio da execução pelo equivalente apresentada neste estudo e aquela aventada nos termos dessa outra corrente doutrinária se dá com base na interpretação do vocábulo “equivalente”. Tal diferença se baseia em um questionamento interessante: o “equivalente” estaria ligado à própria prestação frustrada ou a uma indenização mínima decorrente automaticamente do inadimplemento (relacionado com a responsabilidade civil)?¹⁷⁶

De acordo com a corrente doutrinária citada, “o prejuízo sofrido pelo credor lesado pelo descumprimento abrange tanto os danos pela falta de cumprimento da obrigação em si considerada (o equivalente), quanto as perdas e danos necessárias a apagar os efeitos do tempo”, pelo que se afirma que tal divisão “não se apresenta externamente, pois a indenização devida ao lesado é unitária”. Em resumo, entende-se que “o cumprimento pelo equivalente não é, propriamente, um remédio autônomo, mas uma forma de composição da indenização devida”.¹⁷⁷

Embora se compactue, nos termos da presente análise, com a relevância do remédio da execução pelo equivalente, sendo, tanto a corrente adotada por este estudo, quanto a corrente

¹⁷⁴ Assim: “tendo em vista a já mencionada identidade normativa entre direito de crédito e direito ao equivalente, com a conseqüente manutenção da relação obrigacional, preservam-se todas as disposições contratuais. Mantêm-se, assim, as garantias do crédito prestadas pelo devedor ou mesmo por terceiros. Nesse cenário, a execução pelo equivalente pode oferecer maior segurança para o credor em comparação à resolução, tendo em vista a controvérsia ainda existente no que tange à manutenção ou não das garantias diante do remédio resolutivo” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

¹⁷⁵ É relevante a transcrição de trecho do entendimento de Francisco Paulo de Crescenzo Marino: “a opção do legislador brasileiro parece ir ao encontro da teoria que vê, no caso, não a mera extinção da obrigação original com o correlato surgimento da obrigação de indenização, mas sim a perpetuação da obrigação original, transformada (quanto ao objeto) em equivalente pecuniário” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade Contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409-431).

¹⁷⁶ Para Renata Steiner: “Descumprido o contrato, o credor lesado deixa de obter o cumprimento da prestação ou do dever contratual violado. A falta de recebimento dessa prestação ou desse dever é, por si só, um prejuízo decorrente a violação contratual. É, porém, possível e frequente que, além desse prejuízo, haja outros danos a reparar. O lesado pode, então, fazer jus tanto ao valor que equivale à obrigação descumprida, como à reparação das perdas e danos causadas pelo fato de não ter recebido tal obrigação” (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342).

¹⁷⁷ STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342.

acima delineada, relevantíssimas para a missão de difundir o reconhecimento a respeito da expressa previsão desse remédio contratual no sistema jurídico nacional, não se considera, nesta sede, para chegar ao mesmo fim, o mesmo caminho. Isso porque, para os fins deste estudo, ao se falar em “dano”, como por exemplo, na ideia de um “dano mínimo”, proposta por Renata C. Steiner, se está, propriamente, a falar em responsabilidade civil, que é espécie do gênero responsabilidade, sobre o qual se dispôs acima.

A responsabilidade, como visto, se apresenta em maior amplitude, impondo ao devedor um dever efetivo de responder patrimonialmente pela prestação que se frustrou, como uma espécie de garantia patrimonial geral; a responsabilidade civil, a seu turno, diz respeito propriamente à reparação cabível em virtude de danos concretos porventura sofridos pelo credor, os quais deverão ser reparados pela lógica das perdas e danos.

A propósito, isso não quer dizer que as rubricas do equivalente e das perdas e danos não possam ser entregues simultaneamente ao credor em decorrência do uso do remédio da execução pelo equivalente, em combate ao suporte fático do inadimplemento absoluto. Ambas podem, de fato, nos termos do art. 475 do Código Civil, coexistir. No entanto, cada uma sob a sua própria natureza: a responsabilidade enquanto gênero (equivalente em dinheiro); a responsabilidade civil enquanto espécie (perdas e danos).¹⁷⁸ A doutrina em referência defende, ao revés, que o equivalente corresponderia a um critério de mensuração da indenização devida ao credor baseado no dano proporcionado diretamente pelo inadimplemento.

Em resumo, o que se quer dizer é que, à luz do enunciado normativo previsto no art. 475 do Código Civil, entende-se, para os fins deste estudo, que: (i) ao se fazer alusão ao valor equivalente (“exigir-lhe o cumprimento”), busca, o credor, à luz do conceito de responsabilidade, que acompanha o débito, a *própria prestação* com base em seu equivalente em dinheiro, e não uma indenização por um dano mínimo, que se operacionalizaria de maneira automática, em decorrência direta do inadimplemento absoluto; e (ii) ao se fazer alusão à possibilidade de obtenção a título de indenização por perdas e danos, aí sim, se está a falar do conceito de responsabilidade civil. Gênero e espécie, nesta ordem.

¹⁷⁸ Assim: “Ao segregar a responsabilidade por perdas e danos da responsabilidade pelo equivalente (isto é, equivalente pecuniário da coisa perdida), a lei, ao menos do ponto de vista literal, tratou as duas responsabilidades como portadoras de naturezas distintas. Fosse a responsabilidade do devedor, nos casos de impossibilidade de prestar coisa certa, a ele imputável, restrita à obrigação de indenizar os prejuízos advindos do inadimplemento, não haveria sentido em a expressão responder pelo equivalente, mais perdas e danos” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade Contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409-431).

Veja-se que a diferença no tratamento da execução pelo equivalente em ambas as correntes, de fato, se dá em virtude da ausência de uma definição legal expressa do conceito de valor equivalente. Dada a relevância, passa-se, então, a sugerir uma maneira de se interpretar tal vocábulo, à luz das premissas apresentadas no presente estudo.

Diante da análise até aqui apresentada, pode-se afirmar que, ao se fazer alusão ao valor equivalente, se está a delimitá-lo na condição de correspondente em dinheiro à *prestação* frustrada – à luz do conceito de responsabilidade –, e não a uma indenização eventual e porventura cabível decorrente automaticamente de possíveis danos mínimos oriundos do inadimplemento absoluto – à luz da responsabilidade civil.¹⁷⁹

Para que se possa adentrar efetivamente no que pode representar o conceito de “equivalente” é necessário analisar o que dispõe o art. 947 do Código Civil, do qual se extrai que: “[s]e o devedor não puder cumprir a *prestação* na espécie ajustada, *substituir-se-á* [a *prestação*] *pelo seu valor*, em moeda corrente”. Embora pareça claro em seu delineamento, ao afirmar que, na impossibilidade da *prestação* original em espécie, será a *prestação* substituída pelo *seu valor em moeda corrente*, o referido enunciado não parece bem situado topograficamente no Código Civil. E isso, sem dúvida, é suficiente para gerar entendimentos diferentes a respeito da definição do que pode significar o equivalente em dinheiro ou o “valor” equivalente.

Isso porque, o referido enunciado normativo está localizado no Título IX (“Da responsabilidade civil”), Capítulo II (“Da indenização”), do Código Civil. Portanto, não é absurdo se admitir que autores e operadores do direito compreendam o “equivalente” sob a perspectiva de uma “indenização” decorrente de um dano mínimo, notadamente, sob a ótica da responsabilidade civil, exatamente na mesma toada do entendimento esposado pela corrente doutrinária citada acima.

A conversão em equivalente, nesse sentido, seria coincidente com a indenização devida ao credor, sob a ótica da responsabilidade civil. A obrigação *in natura*, nesse sentido, estaria sub-rogada no equivalente em dinheiro de natureza indenizatória (perdas e danos), englobando o dano mínimo, mais os danos emergentes e lucros cessantes. No entanto, como exposto, não parece ser esse o melhor entendimento a respeito do tema.

¹⁷⁹ Karl Larenz apresenta a diferença entre “responsabilidade” e “responsabilidade civil”: “Al hablar entonces de responsabilidad no queremos indicar la da la persona por los perjuicios causados (con la consecuencia de una obligación de indemnizar), sino que aludimos a la afección de su patrimonio, a la intervención de los acreedores por vía ejecutiva” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 33).

Em primeiro lugar, não há, no referido enunciado normativo, dados suficientes para que dele se possa extrair a caracterização de um dever de indenização vinculado ao conceito de “equivalente”, necessariamente atrelado, ainda, a um “dano”, para sustentar tecnicamente essa posição. E o conteúdo normativo parece claro ao estabelecer a conexão entre prestação (responsabilidade) e equivalente, e não entre indenização (responsabilidade civil) e equivalente, apenas dando conotação de indenização a localização topográfica do enunciado normativo.

Em segundo lugar, como afirma José de Aguiar Dias, o dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar,¹⁸⁰ não se confundindo com os efeitos decorrentes do inadimplemento do devedor, em sua relação com a prestação, não parecendo se sustentar a ideia de dano mínimo, diretamente correlato ao inadimplemento absoluto da prestação, sem qualquer prova direta de sua repercussão no patrimônio do credor na forma de dano, à luz dos requisitos da responsabilidade civil.¹⁸¹

Portanto, para os fins deste estudo, respeitados entendimentos doutrinários em sentido contrário, que defendem a ótica da execução pelo equivalente com base em uma perspectiva normativa diversa, à luz de uma roupagem correlata à dinâmica da responsabilidade civil, o enunciado normativo previsto no art. 947 do Código Civil deve ser interpretado de maneira sistemática e funcional com o disposto no art. 475 do Código Civil.

Logo, se “exigir-lhe o cumprimento [da prestação]” e “perdas e danos [indenização]” são cumuláveis, como dispõe expressamente o art. 475 do Código Civil, *não podem ser excludentes*; e tampouco representam a mesma rubrica. Indenização, sob esse viés, não pode representar, portanto, o mesmo que prestação. Desse modo, o cumprimento pelo equivalente deve se dar à luz da prestação frustrada e a sua execução forçada pode, inclusive, ser

¹⁸⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 2, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 397.

¹⁸¹ Na lição de Agostinho Alvim: “Os requisitos ou pressupostos da obrigação de indenizar são três: o prejuízo, a culpa e o nexa causal. Tais requisitos tanto dizem respeito à culpa aquiliana como à contratual. Alguns autores mencionam quatro requisitos, adicionando àqueles o inadimplemento da obrigação. Todavia, nós pensamos que a inexecução da obrigação, na esfera contratual, ou a inobservância de um dever, na esfera extracontratual, nem uma nem outra constitui requisito autônomo da obrigação de indenizar. Com efeito, sendo certo que o elemento objetivo da culpa é precisamente a inexecução de um dever, em sentido amplo, certo se torna que na culpa, como requisito do dano indenizável, já se compreende a inexecução da obrigação contraída ou a inobservância de dever. Falando de um modo geral, não há cogitar de indenização onde falte um dos mencionados três requisitos” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 194). Vê-se que: (i) o inadimplemento não é um “requisito autônomo da obrigação de indenizar” e que (ii) a inexecução da obrigação se relaciona com a culpa e não com um pretense dano diretamente correlato ao inadimplemento.

acompanhada do pleito indenizatório, a título de perdas e danos.¹⁸² Ambas, no entanto, correspondem a rubricas próprias, baseadas em fontes diversas e em requisitos específicos.¹⁸³

Com efeito, a doutrina afirma que “indenizar, com efeito, significa eliminar o dano”, enfatizando que “não há que se falar em indenização sem dano”.¹⁸⁴ E o inadimplemento absoluto, por si só, não traduz dano, no sentido técnico, de maneira automática, a ensejar reparação civil *in continenti* pela via indenizatória, sem uma efetiva apuração em concreto. A indenização por danos deve ser apreciada diante da concretude da relação jurídica, a partir da extensão do pretense prejuízo sofrido – e dos requisitos próprios da responsabilidade civil –, visando à reparabilidade integral da vítima, como se observa nos termos do art. 944¹⁸⁵ do Código Civil. E quanto ao ponto, não se observa qualquer conteúdo normativo nesse sentido, a partir do disposto no art. 947 do Código Civil.

Mais uma vez citando a obra de José de Aguiar Dias, o autor reconhece não se sustentar o entendimento de que o simples inadimplemento do contrato já constituiria o dano, afirmando que o credor, para responsabilizar o devedor, deve sempre provar o dano sofrido, o que se dispensaria apenas em hipóteses comuns envolvendo a cláusula penal e afins.¹⁸⁶

Diante da questão, sugere-se, nessa toada, que a expressão “indenização”, que representa o título do “Capítulo” no qual está incluído o art. 947 do Código Civil, seja compreendida, na interpretação do referido enunciado normativo, como uma forma de facilitar a diferenciação entre a prestação *in natura* (“prestação na espécie ajustada”) e o seu valor equivalente (e a substituição “por seu valor em moeda corrente”).

A expressão “indenização” deve ser lida como o próprio equivalente em dinheiro, servindo como um elemento de interpretação capaz de ratificar que se está a falar de pecúnia, em substituição ao bem da vida; e não propriamente no dever de indenizar, tecnicamente questão diversa. E de fato, ao se falar em “indenização”, automaticamente já se remete o operador do direito e o leitor a uma vertente pecuniária e não à prestação *in natura*, já não mais possível à luz do suporte fático sobre o qual se verifica a execução pelo equivalente.

¹⁸² Nessa linha: “Além da prestação equivalente, o credor poderá requerer ainda a indenização dos danos sofridos em razão do inadimplemento alheio. A indenização, assim, é acrescida à prestação equivalente e seu cálculo é voltado a colocar o credor na condição que se encontraria caso o contrato tivesse sido devidamente cumprido” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 121).

¹⁸³ MANSUR, Rafael. *Execução pelo equivalente pecuniário: tutela do credor frente ao inadimplemento absoluto das relações negociais*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/336009/execucao-pelo-equivalente-pecuniario--tutela-do-credor-frente-ao-inadimplemento-absolute-obrigacoes-negociais>>. Acesso em 18. Out. 2021.

¹⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 701.

¹⁸⁵ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

¹⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 2, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 398.

Assim sendo, feita a escolha do credor pela execução pelo equivalente, em alternativa à resolução, nos termos do art. 475 do Código Civil, seguirá ele na busca pelo equivalente em dinheiro da prestação frustrada, buscando o cumprimento do contrato com a manutenção do nexo de corresponsabilidade que integra o sinalagma contratual.¹⁸⁷

O que se quer dizer é bastante simples: o valor equivalente pode ser denominado “indenização”, desde que não se faça alusão ao dever de reparar ínsito à responsabilidade civil, mas à responsabilidade ampla, gênero do qual a responsabilidade civil é espécie, considerando-se, assim, a expressão “indenização” como “valor da prestação em dinheiro”, como singela estratégia retórica e didática de demonstrar que se está a buscar uma aferição pecuniária e não mais a obrigação em espécie, que seria perquirida por remédio diverso da execução pelo equivalente.

A execução pelo equivalente, considerada sob a ótica do binômio débito e responsabilidade, e não sob a perspectiva da indenização, correlata à responsabilidade civil, também pode ser cumulada com os efeitos práticos decorrentes das cláusulas contratuais atreladas ao dever de indenizar e ao valor da indenização. É o caso da cláusula penal compensatória (Art. 410 do Código Civil)¹⁸⁸ e das cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade civil,¹⁸⁹ que, como, se sabe, atuam diretamente na própria indenização a

¹⁸⁷ Nesse sentido: “Não se pode olvidar que a manutenção dos negócios jurídicos deve ser garantida até futura e legítima situação, igualmente assegurada pelo ordenamento jurídico, de extinção do vínculo. No caso, a continuidade da relação contratual deve ser assegurada até quando não seja mais possível se realizar a função negocial concreta sem quebra do sinalagma funcional” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119).

¹⁸⁸ “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.” Para Viviane Abílio, a incidência da cláusula penal compensatória “pressupõe, portanto, o esgotamento do interesse do credor na exigibilidade da prestação (e, por consequência, da justificativa funcional da obrigação), apenas podendo ser cobrada, portanto, caso verificada tal circunstância. A fixação da cláusula penal libera o credor de efetuar a comprovação ou mesmo alegar a existência de danos em função do inadimplemento para cobrar a prestação nela consubstanciada: verificado o descumprimento definitivo e a inutilidade da prestação, permite-se a cobrança da cláusula penal” (ABILIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 100-101).

¹⁸⁹ Para Ana Prata: “Pelo que respeita à distinção entre cláusula de irresponsabilidade e cláusula limitativa da responsabilidade, não há dúvida de que é difícil operar uma distinção fundada em qualquer critério substancial de qualitativa diferença. Se o objecto da cláusula é o de isentar o devedor da obrigação de indemnizar quando o incumprimento seja culposo, tal cláusula será limitativa, enquanto afasta tal dever nesse caso, deixando-o contudo subsistir se o não cumprimento for doloso; de igual modo, se a cláusula visar o afastamento do dever indemnizatório decorrente de um não cumprimento, culposo ou doloso, de um terceiro auxiliar do obrigado, ela poderá ser qualificada como cláusula de limitação, pois tal dever permanecerá se o não cumprimento for culposamente provocado por uma conduta pessoal do devedor” (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 131-132). Segundo António Pinto Monteiro: “Procurando agora sintetizar o que de mais significativo decorre deste primeiro contacto com as convenções limitativas e de exclusão de responsabilidade, poderá afirmar-se que estas convenções actuam fundamentalmente ao nível da obrigação de indemnização. De facto, os interessados recorrem a elas a fim de antecipadamente excluïrem ou limitarem, de modo vário, a sua eventual responsabilidade, isto é, a fim de previamente excluïrem ou limitarem a obrigação de indemnização por que actua a responsabilidade civil. Outras vezes, porém, a limitação da responsabilidade referir-se-á, não aos seus efeitos (obrigação de indemnização),

título de perdas e danos: ora liquidando-a previamente, autorizando ou não indenização suplementar; ora limitando-a; ora excluindo a sua incidência.

Por dizerem respeito ao momento em que eventualmente se caracteriza o dever de indenizar, com a causação (presunção) do dano em decorrência do inadimplemento absoluto, vinculadas, portanto, à responsabilidade civil, reconhece-se que na dinâmica da execução pelo equivalente não é impossível a cumulação do regime das perdas e danos, autorizada pelo art. 475 do Código Civil, e, por conseguinte, das cláusulas contratuais diretamente atreladas apenas à definição da indenização porventura devida.

Em síntese, o equivalente e a multa compensatória são verbas inconfundíveis, devidas ao credor a títulos diversos, como visto, pelo que merecem tratamento autônomo, de acordo com a disciplina jurídica que lhes é própria, daí sua cumulatividade. O mesmo raciocínio deve ser aplicado, por coerência, para as cláusulas limitativas de responsabilidade: reconhecendo-se a autonomia do equivalente em relação às perdas e danos, eventual opção do credor pela execução pelo equivalente não o impedirá de perseguir o pagamento do valor da prestação a despeito da cláusula limitativa.¹⁹⁰

De fato, cláusulas entabuladas pelas partes para reger consequências do prumo deletério da avença, relacionadas a uma eventual imposição danosa, podem/devem ser cumpridas e aplicadas. Novamente: a execução pelo equivalente busca acessar o patrimônio do devedor para obter o correlato valor econômico-financeiro do objeto prestacional definitivamente frustrado, com base na responsabilidade e não na responsabilidade civil. A independência no tratamento dessas matérias permite que se visualize, de um lado, o regramento próprio para o valor equivalente à prestação, e do outro, o regramento próprio para a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar.¹⁹¹

mas aos seus pressupostos, condicionando, v.g., a certo grau de culpa a responsabilidade do lesante e, consequentemente, o seu dever de indenizar” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 98). Para Vinícius Pereira, a diferenciação entre ambas as cláusulas não seria possível sem a análise efetiva do caso concreto: “Sendo assim, seja porque não se mostra mais adequado diferenciá-las apenas pelo critério quantitativo, seja porque a cláusula exonerativa representa uma renúncia a direito ainda mais significativa por parte do prejudicado, o que faz merecer uma interpretação mais cautelosa, entendemos adequado não tratar de forma idêntica as duas espécies do ajuste, diferenciando-as na sua interpretação, inclusive sob o ponto de vista da viabilidade dos riscos assumidos pelas partes e do equilíbrio contratual” (PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 33-34).

¹⁹⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

¹⁹¹ Nessa linha: “há de se reconhecer que, optando o credor pela execução pelo equivalente, as perdas e danos decorrentes do inadimplemento absoluto prefixados na cláusula penal não abrangem o valor da prestação inadimplida, assim como não abrangem a prestação por ele executada no caso de resolução. Configurado o inadimplemento absoluto, o credor fará jus ao equivalente da prestação devida ou à restituição do que prestou (conforme opte pela execução pelo equivalente ou pela resolução), e mais a multa compensatória. E não se diga

Não se quer dizer que não poderão, as partes, discutir eventual matéria diretamente relacionada aos requisitos de validade ou no tocante à caracterização da incidência da cláusula. O que se quer dispor é que o mero executar pelo equivalente não desnatura, modifica, extingue, invalida ou torna ineficaz nenhuma das cláusulas diretamente relacionadas à responsabilização civil do credor pelos danos porventura sofridos pelo credor, em virtude do inadimplemento absoluto, e tampouco o acesso ao equivalente é impedido pela limitação imposta ao dever de indenizar.

Instrumentalmente, o ideal é que sejam fixadas contratualmente duas cláusulas penais compensatórias, para aplicação diante da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto. Uma com base no interesse positivo, a qual se operacionalizará em hipótese de escolha pelo credor do remédio do cumprimento pelo equivalente; outra com base no interesse negativo, a qual se operacionalizará em hipótese de escolha pelo credor do remédio resolutório. Assim, a discussão acerca da cumulação da cláusula penal compensatória tornar-se-ia despicienda.

No entanto, fixada uma única cláusula penal compensatória, a despeito do interesse nela provido, em regra, negativo, entende-se ser possível a sua cumulação com o valor equivalente em dinheiro à prestação frustrada, à luz da autonomia privada e da gestão de riscos feita em contrato, certo de que eventuais excessos poderão ser analisados judicialmente, nos termos do art. 413 do Código Civil.

Em razão do caráter transformista da mora, esta pode, ao longo da dilação do inadimplemento relativo caracterizado quanto à forma, ao tempo e ao lugar, transformar-se em inadimplemento absoluto. Nesse caso, existindo cláusula penal moratória no contrato firmado, esta incidirá até o momento em que se caracterizar o inadimplemento absoluto. A partir de então, deverá ser aplicada a cláusula penal compensatória, caso, logicamente, tenha sido avençada.¹⁹²

Para fins contratuais, serão, então, integrantes do valor final a ser alcançado pelo credor, as seguintes rubricas: (i) o valor equivalente à prestação frustrada em definitivo; (ii) o

que o credor estará recebendo em duplicidade: trata-se, o equivalente e a multa compensatória, de verbas inconfundíveis, devidas ao credor a títulos diversos, pelo que merecem tratamento autônomo, de acordo com a disciplina jurídica que lhes é própria” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

¹⁹² Assim: “se há mora, incide a cláusula penal moratória; convertendo-se a mora em inadimplemento absoluto, passa a incidir a cláusula penal compensatória, independentemente de o credor optar pela execução pelo equivalente ou pela resolução – sem prejuízo de cumular-se com a cláusula penal moratória incidente até aquele momento da transformação da mora em inadimplemento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

valor da cláusula penal moratória, incidente durante o período em que o suporte fático do incumprimento se escorar sobre a mora, até transformar-se em inadimplemento absoluto; e (iii) o valor da cláusula penal compensatória, se houver.

O regime atrelado à cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade civil seguirá limitando o valor a ser indenizado a título de perdas e danos e não terá qualquer repercussão sobre o equivalente em dinheiro.

Feitas as ponderações, cabe a indagação: como se operacionaliza, tecnicamente, a conversão do bem da vida em seu equivalente em dinheiro? Como é feita a escolha pela execução pelo equivalente? Quais são as suas consequências sob a ótica das cláusulas contratuais relacionadas ao dever de indenizar em caso de inadimplemento seguido por danos ao credor? É o que se passa a analisar.

2.3 Sub-rogação real e execução pelo equivalente

A possibilidade de conversão do objeto de uma relação obrigacional em seu equivalente pecuniário, como exposto, é reconhecida pela norma legal, pela jurisprudência e pela doutrina. Passa-se, então, a demonstrar, tecnicamente, o fenômeno que ocorre na relação jurídica entabulada, quando, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, após a escolha do credor, deflagra-se a modificação do objeto prestacional por seu “equivalente econômico-jurídico”.¹⁹³

San Tiago Dantas, ao discorrer sobre a *modificação* dos negócios jurídicos, afirma que, no tocante às *modificações objetivas*, é necessário fazer a distinção entre dois aspectos fundamentais: ou haveria a transformação na própria relação obrigacional; ou se estaria, então, diante de uma singela e pontual transformação do *objeto*. Para o autor, a substituição do objeto prestacional, sem que se caracterize a alteração na relação obrigacional propriamente dita, é denominada *sub-rogação real*, caracterizada pela singela e pontual transformação do objeto mediato.¹⁹⁴ É esse o efeito ocorrido quando se fala em execução pelo equivalente.

¹⁹³ O termo é utilizado em: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 2, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 152.

¹⁹⁴ San Tiago Dantas apresenta exemplos relevantes: “Agora exemplifiquemos uma transformação de objeto. Têm os senhores uma casa hipotecada por uma dívida qualquer. Amanhã esta casa se incendia e se destrói. O que interessa ao credor? Saber, antes de mais nada, se a casa estava segurada, porque a garantia que recai sobre a

Francisco Amaral afirma que a relação jurídica pode ser modificada quando se alteram os sujeitos (modificação subjetiva) ou o objeto (modificação objetiva). Sobre as modificações objetivas de natureza qualitativa, afirma o autor que estas estão caracterizadas quando são alteradas as *qualidades do objeto*, como na hipótese de sub-rogação de bens clausulados ou na obrigação de indenizar decorrente do inadimplemento contratual. Faz alusão, ainda, o autor, ao princípio *pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretit*, previsto no art. 56 do Código Civil de 1916, sem correspondente no Código Civil de 2002, do qual se extrai que “[n]a coletividade, fica sub-rogado ao indivíduo o respectivo valor, e vice-versa”.¹⁹⁵ Clovis Bevilacqua, em seus comentários, faz alusão ao entendimento sobre a ideia de “sub-rogação real” contida no referido enunciado normativo.¹⁹⁶

Há quem possa questionar, contudo, se, de fato, se está diante, em situações como essa, de uma *modificação* nas bases do negócio avençado. Nesse sentido, não seria absurdo se cogitar, em sentido amplo e sem analisar efetivamente o caso concreto, que, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, especialmente quando este ocorre em razão da perda da coisa, se estaria diante, necessariamente, de uma hipótese de extinção objetiva e não de modificação.¹⁹⁷

Em um primeiro contato com a questão, ao se falar em inadimplemento absoluto, talvez, de fato, o leitor pudesse cogitar da franca e pronta extinção da relação jurídica entabulada como um efeito direto. Mas o efeito extintivo decorrente do suporte fático do inadimplemento absoluto depende, necessariamente, do exercício, pelo credor, do direito à resolução. É a resolução que gerará, inicialmente, a extinção da relação obrigacional pelo ocaso do vínculo contratual e a ineficácia superveniente do negócio, instaurando-se, na sequência, uma relação de liquidação, com a produção dos efeitos liberatório, restitutivo e indenizatório. Essa extinção não se dá automaticamente.

casa recairá agora sobre o seguro. Isto quer dizer que o mesmo direito que tinha por objeto o prédio passa a ter por objeto a quantia paga pelo segurador. Outro exemplo: são os senhores usufrutuários de uma casa e amanhã o poder público desapropria a casa, aí, o direito do usufrutuário passa para o montante da expropriação. Pois bem, essa substituição de uma coisa por outra sem alteração de vínculo jurídico é o instituto que chamamos de sub-rogação real” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 206).

¹⁹⁵ O raciocínio apresentado por Francisco Amaral pode ser consultado em: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 225.

¹⁹⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 289

¹⁹⁷ A expressão “extinção objetiva” é utilizada também por Caio Mário da Silva Pereira, ao fazer alusão às três ordens de causas que conduziriam à extinção: a extinção subjetiva, a extinção objetiva e a extinção em razão do vínculo jurídico. Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*, v. 1, 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 396.

Quanto ao ponto, Caio Mário da Silva Pereira é preciso ao dispor que nem sempre a destruição do objeto – leia-se, neste ponto, o inadimplemento absoluto, que pode ser decorrente da perda da coisa por fato imputável ao devedor, mas também pode ter por base outros fatos – implicará a extinção.¹⁹⁸ É o que ocorre quando o credor decide pleitear o cumprimento do contrato com base no valor equivalente. Nesse caso, não haverá a extinção da relação obrigacional, pois não se elegeu o remédio resolutório, com consequência liberatória, mas a sua mencionada *modificação objetiva*.¹⁹⁹

Como corolário da sub-rogação real, atribuindo-se à execução pelo equivalente a devida coerência sistemática, diante da escolha do credor, apenas o objeto prestacional da relação obrigacional será alterado. É esse o efeito direto decorrente da escolha, pelo credor, da execução pelo equivalente. Será mantida, quanto ao mais, a relação obrigacional, em relação, notadamente: (i) à prestação do credor, que ainda será devida; (ii) às garantias prestadas pelo devedor, ainda passíveis de execução caso não seja cumprida a obrigação por quantia certa; (iii) ao nexo de correspectividade e sinalgmaticidade. Isso porque, não se alterou a relação jurídica em suas bases, mas apenas e pontualmente quanto ao seu objeto prestacional.²⁰⁰

No mesmo sentido, para Darcy Bessone, no cumprimento do contrato por seu equivalente em dinheiro (execução indireta), na realidade, modifica-se o conteúdo da prestação, mas não o direito.²⁰¹ E o autor arremata: “a execução do contrato, ainda que coativa e mesmo sob a forma indireta (por meio de indenização ou equivalente em dinheiro), não

¹⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*, v. 1, 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 397.

¹⁹⁹ Assim: “É certo, porém, que nem sempre a destruição do objeto implica a extinção do direito, porque às vezes se dá a substituição da incidência da relação jurídica sobre outro objeto, e, então, ocorre a modificação e não a extinção da relação jurídica, por exemplo, no perecimento da coisa causado por fato culposo de outrem, em que a relação jurídica se transforma, sub-rogando-se a coisa destruída no *id quod interest*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*, v. 1, 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 397). No entendimento deste estudo, a sub-rogação ocorrerá com base no equivalente em dinheiro correspondente ao objeto prestacional frustrado, sem prejuízo da indenização a título de perdas e danos.

²⁰⁰ Nesse sentido: “Ademais, tendo em vista a já mencionada identidade normativa entre direito de crédito e direito ao equivalente, com a conseqüente manutenção da relação obrigacional, preservam-se todas as disposições contratuais. Mantêm-se, assim, as garantias do crédito prestadas pelo devedor ou mesmo por terceiros. Nesse cenário, a execução pelo equivalente pode oferecer maior segurança para o credor em comparação à resolução, tendo em vista a controvérsia ainda existente no que tange à manutenção ou não das garantias diante do remédio resolutivo. (...) Ademais, o reconhecimento de que a relação obrigacional é preservada permite reconhecer a manutenção de todas as disposições contratuais, inclusive as garantias do crédito, mesmo aquelas oferecidas por terceiros, que poderão ser executadas pelo credor para a satisfação do equivalente” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

²⁰¹ O autor, citando Von Thur, afirma que: “Mesmo quando a prestação específica tenha de ser substituída por seu equivalente em dinheiro (execução indireta), tal direito, observa lucidamente Von Tuhr, ‘*se reputa continuación (jase de desarrollo) del crédito, que hasta ahora versaba sobre el cumplimiento de la prestación*’. Modifica-se o conteúdo da prestação, mas não o direito” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 254).

pressupõe a resolução dele: ao contrário, funda-se em sua permanência, porque só se executa o que existe”.²⁰² E Carvalho de Mendonça reconhece que, “de todas as prestações é a de dinheiro a mais importante, pois que *todas as demais são suscetíveis de ser nela transformadas, substituídas, ou absorvidas*”.²⁰³

Desse modo, é autorizada pelo ordenamento jurídico a incursão sobre o patrimônio do devedor, tendo por base a sua responsabilidade em arcar com o débito, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, em lugar da resolução, diante da possibilidade de que a relação jurídica possa seguir o seu prumo, com a sub-rogação real de seu objeto mediato original no respectivo valor equivalente.

De resto, a execução pelo equivalente e o conseqüente efeito de substituir o objeto prestacional por seu equivalente em dinheiro, mantendo-se hígida, portanto, a relação jurídica avença, ainda que com base em uma execução dita indireta, conduzirá à extinção do contrato com o efetivo adimplemento. Nesse sentido, a lição de Darcy Bessone: “A execução integral do contrato, realizada voluntária ou coativamente, sob forma direta ou *indireta*, exaure o ciclo de sua existência, constituindo, assim, um dos modos de extingui-lo”.²⁰⁴

2.4 Direito potestativo e execução pelo equivalente

Já se discorreu acerca: (i) do suporte fático e da operatividade da execução pelo equivalente como remédio alternativo à resolução, em hipóteses nas quais o cumprimento da relação obrigacional é comprometido em razão do inadimplemento absoluto; e (ii) dos efeitos da escolha desse remédio contratual na relação jurídica. Mas como se dá, então, a escolha do credor por este remédio? É o que se passa a dispor.

O artigo 475 do Código Civil dispõe que, à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto: “[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”. O destaque feito ao vocábulo “pode” e à expressão “se não preferir”, no período anterior, é proposital e tem o objetivo de definir justamente a natureza da escolha do credor.

²⁰² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 255.

²⁰³ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou Tratado geral dos direitos de crédito*, v.1, 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1911, p. 463.

²⁰⁴ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 256.

O enunciado normativo parece bastante claro ao dispor que caberá ao credor essa escolha, podendo se valer de um ou de outro remédio – execução pelo equivalente ou resolução –, na medida de sua preferência. Ou seja, poderá o credor escolher a resolução, “se não preferir” escolher a execução pelo equivalente.²⁰⁵ Trata-se, como se vê, da atribuição de poder ao credor (e de sujeição, ao devedor) dos efeitos do exercício do direito potestativo,²⁰⁶ caracterizado como uma relação de potestade-sujeição.²⁰⁷

No entanto, é necessário ter em mente que, mesmo se tratando de situação jurídica atrelada ao direito potestativo, não pode o credor se valer desse direito a esmo e de maneira arbitrária. De fato, o ordenamento jurídico brasileiro veda condutas baseadas em abuso de direito, à luz da boa-fé objetiva.²⁰⁸ É o que se dispõe nos termos do art. 187 do Código Civil, do qual se extrai que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo,

²⁰⁵ Nesse sentido: “O inadimplemento absoluto impede o cumprimento do programa contratual original, e confere ao credor o direito potestativo de optar entre a resolução e a execução pelo equivalente” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

²⁰⁶ De acordo com a obra de Pietro Perlingieri: “La situazione soggettiva attiva definita ‘diritto potestativo’ attribuisce al suo titolare il potere di provocare unilateralmente una vicenda giuridica sfavorevole per un altro soggetto (costituzione, modificazione, estinzione di situazioni soggettive). Per ciò il diritto potestativo è detto anche potere formativo: il suo titolare può da solo costituire, modificare o estinguere una situazione soggettiva, nonostante ciò significhi invasione nella sfera giuridica di altro soggetto, il quale è impossibilitato ad evitare, in termini giuridici, l’esercizio del potere. L’esercizio del diritto potestativo ha luogo con una manifestazione unilaterale di volontà anche quando (secondo taluni), per realizzare il risultato favorevole al titolare, occorre (oltre la manifestazione unilaterale di volontà) una sentenza dei giudici. La posizione del soggetto che non può opporsi all’esercizio del diritto potestativo, e deve subire l’effetto per lui sfavorevole, è definita soggezione” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 87).

²⁰⁷ Na obra de Caio Mário da Silva Pereira: “Entre as demais situações jurídicas que o ordenamento reconhece estão aquelas que podem ser expressas pela formulação *potestade-sujeição*: poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para com o exercício do direito de outrem. (...) nesse caso não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, não há dever, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, embora a manifestação atinja a esfera jurídica do outro, constituindo, modificando ou extinguindo uma sua situação jurídica subjetiva” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil, v. 1, 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 396).

²⁰⁸ Nesse sentido, para Eduardo Nunes de Souza: “O reconhecimento (pioneiramente feito pelos tribunais) de que certas condutas estruturalmente lícitas contrariavam, na locução de Louis Josserand, o espírito do direito no momento de seu exercício, permitiu a construção da figura do abuso do direito e criou uma nova instância de controle valorativo das atividades privadas. A concepção de abuso seria, assim, a grande responsável por inaugurar no direito civil uma nova forma de análise das prerrogativas individuais, não mais estática e estrutural como aquela pressuposta pela licitude, mas dinâmica (aplicada ao momento do exercício da situação subjetiva) e funcional” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014). Em obra anterior, o autor já havia aventado que “embora o recurso aos princípios seja inerente à metodologia civil-constitucional – na qual o juízo de merecimento de tutela desponta como a instância mais evoluída de controle do exercício de posições jurídicas –, não se pode refutar a utilidade do instituto do abuso do direito. A noção de exercício abusivo não apenas contribui para a concretização desses princípios, como também permite o controle valorativo do exercício em casos nos quais o merecimento de tutela – ao menos em sua formulação mais diretamente ligada à função social – não conduz a solução pacífica” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-91, abr./jun. 2012).

excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.²⁰⁹

Assim, a despeito de se tratar, o direito potestativo, de um direito imposto pelo seu titular, o seu exercício não pode se dar de maneira arbitrária e tampouco com a finalidade de sobrepujar um dos titulares das situações jurídicas subjetivas envolvidas na relação jurídica obrigacional. É dizer: mesmo o direito potestativo deve estar amparado, assim como as demais situações jurídicas subjetivas, pelo controle de merecimento de tutela, tendo sempre como norte cardinal axiológico o ordenamento jurídico sob a perspectiva solidarista constitucional.²¹⁰

A propósito, como já disposto no primeiro capítulo, os institutos jurídicos de direito privado devem cumprir a sua função no ordenamento jurídico, permeada por uma axiologia constitucional que, permeada por valores existenciais, impõe a realização de sua vocação solidária e cooperativa nas relações privadas, sob a égide da boa-fé objetiva, sob pena de se cogitar de um exercício abusivo e disfuncional do direito.²¹¹ O poder dos institutos jurídicos –

²⁰⁹ A doutrina reconhece o mérito da norma legal em introduzir expressamente a figura do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, faz-se referência à seguinte obra: CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 423-443. Reconhecendo tratar-se, o abuso do direito, de categoria autônoma: “Nesta acepção, portanto, consagra-se o abuso como uma categoria jurídica que goza de autonomia em relação ao ato ilícito: enquanto este se opõe à estrutura do direito, ultrapassando os seus limites formais, o ato abusivo observa a configuração jurídico-formal, mas ofende o sentido normativo interno do direito, isto é, o valor que lhe serve de fundamento jurídico” (LUSTOSA, Pedro Franco. O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil. In: DO RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 245-288).

²¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 123 e ss. No mesmo sentido: “a previsão legislativa confere controle ao exercício de qualquer situação jurídica subjetiva em concreto (não apenas direitos subjetivos ou potestativos, mas também poderes, faculdades e assim por diante)” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 44).

²¹¹ Antonio Junqueira de Azevedo, ao apresentar parecer envolvendo questões relacionadas a contratos de distribuição, discorreu que o abuso de direito está “intimamente ligado à boa-fé objetiva em seu nível mais elementar” e que “há muito tempo se reconhece que os direitos devem ser exercidos dentro de determinados limites estabelecidos pelo sistema jurídico. Quando o exercício de um direito não respeita tais limites, diz-se que há abuso de direito” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301). O autor analisa determinado instrumento de opção de compra, afirmando tratar-se de um direito formativo, característico direito potestativo, e a sua capacidade de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Nessa toada, afirma o autor, citando Fernando Augusto Cunha de Sá e Menezes Cordeiro, que: “A posição jurídica passiva correspondente ao direito potestativo diz-se situação de sujeição. Cabe esclarecer, todavia, antes de prosseguir, que até mesmo os direitos potestativos podem ter a licitude de seu exercício limitada pela proibição do abuso de direito. (...) Não há mais, diante da ideia de sociabilidade que perpassa todo o direito civil atual, direitos subjetivos cujo exercício não possa ser eventualmente considerado abusivo” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302).

sua estrutura – deve ser utilizado para atingir um fim idôneo e legítimo, e jamais para alcançar fins espúrios. Assim também ocorre com a situação jurídica subjetiva do direito potestativo.²¹²

Para que possa ser chancelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que o exercício do direito potestativo quanto à escolha da execução pelo equivalente, como remédio funcional e alternativo à resolução, esteja respaldado por um interesse socialmente relevante e, portanto, merecedor de tutela jurídica.²¹³ Esse controle é, portanto, realizado pela dinâmica aplicativa do abuso do direito.²¹⁴

Considere-se, em um primeiro exemplo, uma relação obrigacional decorrente de um contrato de permuta. O credor A está se desfazendo de veículos automotores recebidos de seu pai, já falecido, decorrentes do inventário de seus bens, visando, assim, a fechar a loja de veículos deixada pelo *de cuius*. Dessa maneira, ao firmar contrato com o devedor B, obriga-se, o credor A, a entregar ao devedor B um carro; em contrapartida, a prestação do devedor B corresponderia à entrega de um cavalo campeão.

Ocorre que, ao realizar uma viagem pelo período de uma semana, o devedor B se esquece de alimentar o cavalo campeão e, em sua volta, ao adentrar o estábulo, constata que o animal morreu em virtude da ausência da alimentação por todo esse período. O objeto prestacional se perde, nesse contexto, por culpa do devedor.

Nesse cenário, diante do nítido suporte fático de inadimplemento absoluto, o credor A, então, faz a sua escolha pela execução pelo equivalente, pleiteando, em face do devedor B, o

²¹² Cabe, ainda, a lição de Heloísa Carpena: “Como afirmamos em outra oportunidade, exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, que justifica o seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o. (...) A teoria aplica-se também a outras prerrogativas individuais, como as liberdades, faculdades, funções ou poderes, visto que todas elas possuem igualmente um fundamento axiológico”. Assim, para a autora, “a adoção da teoria do abuso do direito constitui um dos aspectos da constitucionalização do Direito Civil, tendência marcante do nosso tempo e característica do Estado Social, possibilitando a permanente oxigenação do sistema ao permitir a adequação das normas à realidade social” (CARPENNA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 423-443).

²¹³ Nessa linha: “Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 17).

²¹⁴ Quanto ao ponto: “Adotada a premissa de que o direito subjetivo é formalmente limitado pela sua estrutura e materialmente limitado pelo seu fundamento, o critério para aferição do abuso é jurídico (pois não precisa recorrer a elementos estranhos à juridicidade), interno (pois advém do interior do direito subjetivo), estrutural (no sentido de que se abusa da estrutura formal, gerando uma aparência de direito) e, ao mesmo tempo, dinâmico-material (na medida em que se põe de parte o desenho conceitualista do direito subjetivo para apreciar e resolver *in actu* o seu desenvolvimento completo e sucessivo perante o valor que o significa e fundamenta)” (LUSTOSA, Pedro Franco. O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil. In: DO RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 245-288).

valor correspondente ao cavalo campeão, mantendo híidas, no mais, todas as bases da relação jurídica, com a mudança meramente pontual do objeto da prestação – o cavalo campeão – pelo seu equivalente em dinheiro.

Poderá, neste caso, o credor A, que sabidamente quer prestar, uma vez que busca vender todos os carros recebidos em virtude do falecimento de seu pai, cumprir a sua prestação. Também poderá, o credor A, com o valor de mercado do cavalo campeão, a ser pago pelo devedor B, obter no mercado cavalo capaz de atender às mesmas características do cavalo campeão.

Nesse exemplo, à luz da equação econômico-individual do contrato e do interesse legítimo do credor A, a execução pelo equivalente, eleita como remédio pelo credor, foi utilizada de maneira idônea, buscando atingir interesses relevantes e merecedores de tutela. O exercício do direito potestativo à execução pelo equivalente, pelo credor A, além de legal, reveste-se de funcionalidade, não existindo, portanto, abuso.²¹⁵ E assim, o exercício do aludido direito alcançará as suas potencialidades, havendo, portanto, menor risco de uma exposição a um controle judicial posterior.

Observa-se claramente que a execução pelo equivalente não foi utilizada como mero subterfúgio para prejudicar, em qualquer medida, o devedor B, mas para tutelar interesses que, embora meramente econômicos, são legítimos para o credor A. No exemplo apresentado, há duplo fator de legitimação no tocante ao exercício do direito potestativo ao remédio da execução pelo equivalente: o credor A quer prestar e o valor equivalente ao cavalo campeão pode permitir, ainda, a aquisição de outro cavalo do mesmo nível no mercado.

O que se quer dizer é que a legitimidade quanto ao exercício do direito potestativo pelo credor, no tocante à escolha pela execução pelo equivalente, não precisa ter bases de natureza assistencialista. O que se deve observar é a medida em que a escolha da execução pelo equivalente chancela um interesse legítimo para o credor, que encontre espeque na axiologia constitucional, à luz do resultado útil originalmente programado e do interesse útil do credor.

Ou seja, não se deve admitir, sob a ótica cooperativa e solidária das situações jurídicas de natureza patrimonial e sob a perspectiva dinâmica e funcional da relação jurídica obrigacional, que o direito potestativo a um remédio contratual que visa a combater o

²¹⁵ Veja-se a lição de Pietro Perlingieri: “L’abuso è l’esercizio contrario o comunque estraneo, deviato o anômalo rispetto alla funzione della situazione soggettiva e si configura quando il comportamento concreto non è giustificato dall’interesse che la situazione garantisce e tutela. (...) Si há, ancóra, abuso quando si minaccia di far valere um diritto allo scopo di estorcere un consenso che faccia conseguire vantaggi ingiusti (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 98).

momento patológico do contrato seja utilizado como um instrumento para exclusivos fins de aniquilação da saúde econômica do devedor. A dizer: não se deve admitir o seu exercício abusivo.²¹⁶

Considere-se, em um segundo exemplo, um cenário de exercício abusivo de exercício do direito potestativo no tocante à escolha pelo remédio da execução pelo equivalente, pelo credor A. O exemplo é colhido a mero título ilustrativo.

Imagine-se, nessa toada, que o mesmo credor A e o mesmo devedor B fossem concorrentes na área de comércio, compra, venda e outros negócios envolvendo cavalos. Considere-se, ainda, que o credor A já tenha prestado a sua obrigação de entregar o veículo automotor e tem ciência de que o devedor B está sem liquidez no mercado, de tal modo que obrigá-lo a cumprir a obrigação por seu valor equivalente significaria o comprometimento direto de seus negócios.

Nesse cenário, embora possa o credor A, logicamente, buscar o melhor remédio possível para a solução do inadimplemento absoluto ocorrido em concreto, o fato é que a escolha da execução pelo equivalente, nesse caso, se basearia no exercício do direito potestativo para fins espúrios, contrários à boa-fé.

Isso é: não pretende o credor A, neste exemplo, a melhor solução para os seus negócios ou mesmo uma vantagem econômica diante dos efeitos mais favoráveis de uma execução pelo equivalente, em detrimento da resolução. Veja-se que o exercício do direito potestativo pelo credor A, nesse exemplo, tem o objeto claro, notório e singular de comprometer o exercício da atividade do devedor B, buscando a sua aniquilação perante o

²¹⁶ Milton Flávio de Almeida Lautenschläger define o abuso de direito como: “ato humano, qualificado por um comportamento emulativo; ou por um comportamento que, embora desprovido do caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro; ou, ainda, por um comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outro, se mostre, numa análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõem a ‘unidade conceitual e valorativa’ do Código Civil” (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 57). Para Tatiana Bonatti Peres: “abusa do direito quem, em seu exercício (ou na sua omissão) extrapolar de forma manifesta os seus fins econômicos ou sociais, a boa-fé ou os bons costumes”, reconhecendo “a possibilidade de uma conduta – ou omissão – estar ao mesmo tempo de acordo com o aspecto formal do direito, isto é, com a letra da lei, mas estar em desacordo com o seu aspecto material, isto é, com os fins ou valores que o sistema jurídico deve amparar” (PERES, Tatiana Bonatti. *Solidariedade e abuso de direito: a urgente necessidade de retomada dos valores morais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 77). Segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro: “enquanto grande princípio que passa a orientar as relações contratuais, encontra-se a boa-fé objetiva, que, após delinear nova face para institutos que norteiam o contrato, também se faz presente para o abuso do direito. Sob esta perspectiva, decisões que antes se remetiam à abusividade expressa pela intenção de prejudicar por um desvio ao fim socioeconômico do direito, passam a conter, em seus termos, referências à confiança e à lealdade devidas por um comportamento conforme a boa-fé. Tal comportamento, porém, ao ser contrariado, revela o ‘exercício inadmissível de posições jurídicas’”. A autora arremata: “assim, verifica-se que direitos potestativos, como a resolução do contrato ou a exceção por seu não cumprimento, podem ser obstados em seu exercício, se contrariarem a boa-fé que se impõe às partes contratantes” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso de direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 430-431).

mercado, ciente de uma condição econômica prévia bastante delicada, quando o remédio resolutorio e o seu efeito restitutorio *in natura*, recebendo de volta o carro originalmente prestado, já lhe atenderiam para fins remediais.

Assim, especialmente diante das gravosas consequências mercadológicas para o devedor B, poderia, o credor A, em algum momento, sujeitar-se a uma ação judicial movida pelo devedor B, para discutir a violação à boa-fé objetiva, em virtude do exercício pretensamente abusivo do direito potestativo, pelo credor A. Ou mesmo poderá, o devedor B, em sua defesa, apresentada judicialmente, arguir o abuso de direito.

Essa clareza em eventual abuso de direito não se observa diariamente nas relações comerciais no cenário hodierno, deveras dinâmicas. O exemplo apresentado é de fato caricato, mas busca cientificar o leitor acerca da necessidade de se ponderar o exercício do direito potestativo à execução pelo equivalente – e à resolução –, a fim de evitar consequências gravosas que possam advir do possível reconhecimento de uma conduta abusiva de sua parte.

De fato, quanto ao exercício, pelo credor, do direito potestativo à resolução do contrato, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto – em raciocínio que também deve ser aplicado à hipótese de escolha pela execução pelo equivalente –, há de se verificar a função dos institutos em concreto, a fim de que se possa apurar a legitimidade de seu exercício, pelo seu titular, e o seu merecimento de tutela.²¹⁷

Significa dizer: a perspectiva funcional que, nos termos deste estudo, torna viável o reconhecimento da execução pelo equivalente no ordenamento jurídico brasileiro, é a mesma que deve permear o exercício da escolha do credor por esse remédio tão eficaz e ainda sujeito a críticas doutrinárias.

Não se trata de limitar o instituto, mas, ao revés, de potencializá-lo de tal maneira a impedir que o credor que dele se utilize possa se sujeitar a eventuais alegações de violação à boa-fé e conduta abusiva, por ter escolhido esse remédio com fins deletérios e incompatíveis com a axiologia constitucional, também permitindo que o devedor não seja vitimado por um remédio contratual eleito pelo credor por mero oportunismo e não por real e legítimo interesse em sua função remedial.

²¹⁷ Assim: “Isso significa dizer que mesmo o exercício dos direitos potestativos – como a resolução contratual –, classicamente referidos a uma completa sujeição daquele contra quem são exercidos, sofre limitações, não constituindo uma escolha arbitrária de seu titular. Emblemático símbolo da liberdade individual, o direito potestativo – como, de resto, todo o ordenamento jurídico – também deve ser inserido na lógica solidarista e, portanto, também exige a demonstração de que seu exercício é merecedor de tutela à luz da axiologia do ordenamento. Nesse renovado panorama, as limitações impostas pelo princípio da solidariedade à resolução contratual passam a contribuir para a identificação da função deste instituto” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51-52).

O alerta tem a finalidade de evitar que a própria credibilidade do instituto possa vir a ser questionada no futuro por aquele que dele se utilizar sob perspectiva disfuncional e abusiva. A ótica funcional que reconhece a incidência e eficácia do instituto – e de tantos outros, sob a vertente funcional da relação obrigacional – é a mesma que pode mitigar e frustrar a sua utilização pelo credor.

Esse filtro há de ser feito em concreto e não parece apresentar, de plano, um fator de mitigação à utilização do remédio da execução pelo equivalente, mas sim um fator que poderá atuar sobre a escolha remedial feita pelo credor, em concreto e funcionalmente. Daí a importância de se analisar a legitimidade do exercício do direito potestativo nesse sentido.

2.5 Perdas e danos pelo interesse positivo e execução pelo equivalente

Já se enfatizou que o art. 475 do Código Civil, ao tratar sobre a execução pelo equivalente, admite que ao equivalente em dinheiro – relacionado diretamente à prestação frustrada, como também já se demonstrou – seja somado o valor da indenização a ser eventualmente pleiteada pelo credor a título de perdas e danos. E essa reparação pleiteada deve representar a situação na qual o credor estaria caso, de fato, o contrato tivesse sido cumprido; trata-se, notadamente, da figura do interesse positivo.²¹⁸

Parece claro: o credor que pleiteia indenização decorrente do cumprimento forçado do contrato deve ser indenizado pela situação em que estaria caso, de fato, o cumprimento da prestação avençada em seu molde originário não tivesse se frustrado por fato imputável ao devedor. Já no que concerne ao remédio da resolução, em relação ao qual figura, a execução pelo equivalente, como par alternativo, pleiteia-se, pela própria natureza do remédio em tela, a extinção da relação obrigacional e a instauração de uma relação de liquidação que, entre

²¹⁸ Para Renata C. Steiner, o conceito de interesse positivo representa a “situação hipotética patrimonial na qual o lesado estaria se o contrato houvesse sido integral e adequadamente cumprido. É esse o sentido do adjetivo positivo. A indenização do interesse positivo, o que equivale a dizer a composição da relação jurídica de reparação, pressupõe a colocação do lesado em um estado que se poderia chamar aqui de *ad quem*” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, 73-74). Para Paula Quintas: “A indemnização pelo interesse positivo coloca o credor na posição em que ele estaria se a obrigação tivesse sido devidamente cumprida” (QUINTAS, Paula. *Manual prático de direito das obrigações*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 102-103). Na mesma toada: PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 66.

outros aspectos, se prestará a mensurar o valor da indenização com base na situação na qual o credor estaria caso jamais tivesse firmado aquele contrato.²¹⁹

E de fato, busca, o credor, com base em um raciocínio igualmente lógico, ao optar pela resolução, resolver o contrato em virtude do inadimplemento absoluto, buscando, assim, uma tutela capaz de impor efeitos de natureza liberatória e restitutória, e porventura indenizatória, não lhe parecendo ser cabível pleitear tal indenização pelo interesse positivo.²²⁰ A indenização pleiteada, portanto, deve se referir, em regra, à situação em que estaria o credor caso não tivesse firmado aquele contrato.²²¹

Essa é a lógica básica do sistema, no que concerne à análise e mensuração do dano causado e do interesse do credor na reparabilidade integral, capaz de extirpar os efeitos nocivos do dano sofrido. Entre interesse positivo e negativo, portanto, encontra-se o credor vitimado pelos danos concretos decorrentes do inadimplemento absoluto.²²²

Em relativização da regra acima apresentada, há doutrina que admite a composição do valor referente à indenização devida a título de perdas e danos pelo remédio resolutório com

²¹⁹ Para uma diferenciação entre interesse positivo e interesse negativo, a lição de Rodrigo da Guia Silva: “O interesse positivo, frequentemente também referido como *interesse no cumprimento*, corresponde, portanto, ao prejuízo suportado pelo credor em razão da ausência de adimplemento do devedor. Pautar-se-ia a indenização, então, pela medida necessária para colocar o lesado na exata situação em que haveria de se encontrar caso se houvesse verificado o regular adimplemento do contrato por parte do devedor. O interesse negativo, por sua vez, diz respeito ao dano suportado pela vítima por ter depositado confiança na seriedade das tratativas, na validade da declaração de vontade, nos poderes de representação do autoproclamado representante, ou em outra circunstância que igualmente denote, enfim, um dano sofrido pela celebração do contrato. A tutela do interesse negativo justifica, portanto, que a indenização conduza a vítima à situação em que estaria caso não houvesse confiado ou se vinculado à específica relação contratual” (SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 379-432). Ver também: ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 119-123.

²²⁰ Darcy Bessone reconhece que “se, posto que sob forma coativa e indireta, executa-se o contrato, a execução não pode ser cumulada com a indenização de perdas e danos decorrentes da resolução” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 255). Na mesma linha, para Gisela Sampaio da Cruz Guedes “na resolução, exclui-se da indenização o interesse positivo porque o credor não pode pretender, ao mesmo tempo, dissolver a relação, com a volta ao *status quo* anterior e, ainda, pleitear o lucro do negócio resolvido” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139).

²²¹ Nesse sentido: “se o devedor, por culpa sua, tornar impossível a prestação ou, simplesmente, faltar-lhe ao cumprimento, tornando a prestação inútil para o credor, este terá duas opções: (i) exigir a execução pelo equivalente e uma indenização por perdas e danos pelo interesse positivo (o interesse do cumprimento), mantendo-se, assim, vinculado à sua contraprestação, ou (ii) pleitear a resolução e, cumulativamente, pleitear uma indenização pelo interesse negativo” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020).

²²² Renata C. Steiner afirma que “os conceitos de interesse positivo e interesse negativo nada mais são do que fórmulas de síntese e de representação da situação hipotética em que o lesado estaria sem o dano. Sua função é sintetizar (sem com isso limitar, frise-se) o conteúdo das perdas e danos que são devidas em variadas hipóteses lesivas” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 152).

base no interesse positivo. Este não é, contudo, o que majoritariamente se entende a respeito da questão.²²³

Em arremate, quanto ao ponto, é sólido o entendimento no sentido de que o credor que busca indenização em juízo, pleiteando as perdas e danos pretensamente sofridas, ou deve fazê-lo com espeque no interesse negativo ou no interesse positivo. Cumular, no que entender oportuno, rubricas atreladas ao interesse negativo, em alguns aspectos de sua pretensão, e outras relacionadas ao interesse positivo, em relação a outros pontos, não parece possível.

Assim sendo, em regra, a composição da indenização devida a título de perdas e danos se dá com base nos danos emergentes e nos lucros cessantes. É o que se dispõe nos termos do art. 402 do Código Civil: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. E nesse contexto, sob a ótica do interesse negativo e do interesse positivo, haverá também uma especificidade no tocante às rubricas que integram o valor da indenização.

No caso do interesse positivo, não há dúvida acerca da cumulação entre os danos emergentes e os lucros cessantes.²²⁴ Já no que concerne ao interesse negativo, embora também composto pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes, a perspectiva dos lucros cessantes assume roupagem diversa, não se pautando naquilo que deixou o credor de auferir com base no negócio frustrado, mas sim, nos lucros que teriam sido auferidos pelo credor se ele não tivesse ingressado na relação obrigacional que teve o seu objeto frustrado, por exemplo, destinando o numerário gasto para estar naquele contrato a um investimento diverso ou para ingressar em outro contrato.²²⁵

Quanto ao mais, há quem admita a possibilidade de o interesse negativo vir a ultrapassar o interesse positivo, dependendo do caso concreto, dos meios de prova e das evidências de que, de fato, estar em determinada relação jurídica – ou em tratativas – privou o

²²³ Nesse sentido ver: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140-141.

²²⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142. Para a autora, “na grande maioria das vezes, a indenização pelo interesse positivo engloba os lucros cessantes – isto é, o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar com aquele específico negócio –, mas os danos emergentes também compõem este conceito (v.g. as despesas decorrentes do inadimplemento da obrigação, custos com advogados etc.)” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145).

²²⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

contratante lesado de uma situação contratual mais favorável. Trata-se de situação não corriqueira, mas que pode ser possível.²²⁶

Diante do quadro do interesse do credor na indenização a título de perdas e danos, que pode ser cumulada com a execução pelo equivalente, pode-se afirmar que, feita a escolha pelo cumprimento pautado no correspondente pecuniário da prestação, caberá ao credor requerer indenização a título de perdas e danos pelo interesse positivo, reunindo, assim, nos termos do art. 475 do Código Civil, o valor da prestação e as perdas e danos porventura experimentadas pelo credor,²²⁷ a fim de colocá-lo na posição em que estaria se a relação contratual tivesse sido cumprida em todos os seus termos.²²⁸

3 QUANTIFICAÇÃO DO EQUIVALENTE

Delineados nos capítulos anteriores o suporte fático, a operatividade e os efeitos da execução pelo equivalente, passa-se a uma análise do instituto sob perspectiva instrumental. A finalidade é compreender a repercussão desse remédio contratual em aspecto prático, como instrumento de socorro ao credor vitimado pela mitigação de seu acesso ao bem da vida. É esse o norte cardeal deste terceiro capítulo. Para fins didáticos, o delineamento proposto se divide em duas premissas que se tangenciam ao longo deste estudo.

A primeira premissa está relacionada ao “como” e ao “quanto”. Serão, nessa toada, propostos *meios* para a definição do equivalente em dinheiro à prestação *in natura*. Serão sugeridos, ainda, critérios amplos e genéricos, que podem – ou não – ser seguidos pelas

²²⁶ Assim: “De fato, é possível que, em algumas hipóteses, o interesse negativo alcance o positivo e vá além. Desde que devidamente demonstrado em toda a sua extensão, ligado que esteja por um nexos causal direto e imediato, pode e deve ser reparado” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148).

²²⁷ Nesse sentido, um exemplo: “No contrato de distribuição, por exemplo, o distribuidor em face da mora do fornecedor em entregar mercadorias pode exigir o lucro que auferiria mediante o cumprimento do pactuado. Também lhe é dado obter o ressarcimento de outros prejuízos decorrentes da mora, como o ressarcimento dos custos incorridos para comprar mercadorias a um preço superior de outro distribuidor integrante da rede do fornecedor para atender à demanda do mercado, em razão do atraso na entrega pelo fornecedor. No contrato de distribuição, tutelam o interesse contratual positivo a indenização cumulada à execução específica e à execução pelo equivalente, inclusive aquela resultante do inadimplemento definitivo que não comporta resolução, em virtude da presença de inadimplemento substancial ou inadimplemento desimportante” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139).

²²⁸ Nessa linha: “Resta, assim, evidente, na hipótese de o credor optar pela execução pelo equivalente, a necessidade de promover a indenização pelos danos provocados pelo inadimplemento absoluto com base no interesse positivo, cumulando-se os valores devidos a título de equivalente e a título de perdas e danos a fim de que o credor seja efetivamente reconduzido à posição em que estaria se o contrato tivesse sido adimplido pelo devedor nos termos pactuados” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018). No mesmo sentido: “Além da prestação equivalente, o credor poderá requerer ainda a indenização dos danos sofridos em razão do inadimplemento alheio. A indenização, assim, é acrescida à prestação equivalente e seu cálculo é voltado a colocar o credor na condição que se encontraria caso o contrato tivesse sido devidamente cumprido” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121).

partes, por um terceiro especializado no mercado no qual se enquadra o objeto cujo valor deverá ser definido, por um juiz, ou por um perito, caso não conste dos termos contratuais o montante respectivo ou parâmetros específicos para sua definição.

A segunda premissa, a seu turno, está diretamente relacionada à instrumentalização da execução pelo equivalente processualmente. É dizer: pretende-se também apresentar ao leitor, de maneira bastante objetiva, ao longo da abordagem proposta, aspectos processuais relevantes que estão relacionados à execução pelo equivalente, chegando, ao final, à definição do que se pretende dispor com uma “execução” pelo equivalente, para os fins deste estudo.

Em resumo, a análise proposta neste terceiro capítulo tem o objetivo de apresentar possíveis métodos para a definição do valor equivalente, critérios de quantificação e noções para definição acerca dos veículos processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para acesso efetivo ao valor equivalente. É o que se passa a expor.

3.1 O equivalente entre o “como” e o “quanto”

Para que seja possível atribuir contornos práticos e instrumentais à execução pelo equivalente é relevante a definição de um *modus* a partir do qual seja possível quantificar o valor da prestação. Nesse sentido, acredita-se ser possível definir o valor equivalente tendo por base uma conjugação entre a autonomia privada dos contratantes – tão relevante para essa temática, imbricada com a disciplina das obrigações e dos contratos²²⁹ –, a interpretação funcional de normas do Código Civil de 2002 e uma análise baseada nas normas processuais previstas no Código de Processo Civil de 2015. Essas são as fontes que devem nortear os contratantes na busca pela definição do equivalente em dinheiro.

Nesse sentido, acredita-se ser possível definir o valor equivalente à luz dos seguintes meios: (i) gestão positiva e negativa dos riscos que integram a álea normal do contrato, por

²²⁹ Giovanni Ettore Nanni reconhece a necessidade de se “integrar o regime da obrigação com o do contrato, no qual aquela constitui o momento executivo. Representa a relação por meio da qual se realiza o programa contratual. Adimplir a obrigação contratual quer dizer executar o contrato; não cumprir ou cumprir inexatamente a obrigação contratual representa não executar ou executar inexatamente o contrato. (...) o inadimplemento é disciplina geral que prescinde do tipo e da fonte da obrigação. De outra parte, a fonte concorre para integrar seja a disciplina da obrigação ou a do inadimplemento. O estudo do inadimplemento deve levar em consideração a fonte obrigacional. E deve ser dito particularmente para as obrigações contratuais, cuja tutela prevê remédios apropriados e que se juntam àqueles comuns a todas as obrigações” (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 399).

meio de cláusulas contratuais; e (ii) no curso de processo judicial, em fase específica de liquidação, por um perito, ou por arbitramento, pelo juiz.

Apresentados os meios, em conclusão, serão apresentados, ainda, critérios gerais que traduzem uma base relevante para a apuração do equivalente em dinheiro, e que podem ser usados em contextos variados e por sujeitos diversos. É dizer: qualquer que seja o meio eleito para essa finalidade, ou mesmo diante da ausência de previsão contratual de meios para apuração do equivalente, esses critérios poderão ser utilizados para a respectiva quantificação.

3.1.1 Gestão positiva e negativa de riscos contratuais e o equivalente

A liberdade individual é garantida no bojo constitucional como verdadeira base do Estado Democrático de Direito, representando um direito fundamental. Nessa linha, potencializada pelo necessário atendimento a um valor social, a “livre iniciativa” representa um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso IV). O art. 170 da Constituição Federal estabelece que a “ordem econômica” é fundada na “livre iniciativa”, reconhecendo e chancelando a “propriedade privada” (inciso II), e tutelando o necessário atendimento à sua função social (artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III).²³⁰

Entre os objetivos fundamentais da República também se faz alusão à liberdade, em sentido amplo – incluindo a liberdade de contratar²³¹ e a liberdade contratual –, funcionalizada sob a ótica da justiça e da solidariedade (art. 3º, inciso I).²³²

Nesse diapasão, o contrato, verdadeira “veste jurídico-formal de operações econômicas”²³³, surge como um instrumento capaz de tutelar a pessoa em sua liberdade

²³⁰ Nesse sentido: “No que tange especificamente à seara contratual, a inclusão dos institutos de direito civil na ordem constitucional integra-se à esfera de irradiação dos princípios constitucionais no espaço de liberdade individual, exigindo a construção de uma nova ordem pública coerente com os fundamentos (art. 1º, CF) e com os objetivos fundamentais (art. 3º, CF) da República (...)” (DE AQUINO JR. Geraldo Frazão. O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas. In: *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 419-439).

²³¹ Colhe-se a lição de Eduardo Espinola: “Destarte, a liberdade de contratar é mais ampla e mais restrita, em obediência aos fatores sociais, econômicos e jurídicos, que atuam em caráter transitório; mas o acordo de vontades é sempre indispensável, deve existir em qualquer emergência: é ele o fator preponderante, o elemento essencial do contrato” (ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 11).

²³² Relevante quanto ao ponto a lição de Teresa Negreiros: “O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde antes reinava absoluta a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1).

individual, dando guarida, de um lado, à livre iniciativa e à autonomia privada, permitindo a circulação de bens e serviços, e, de outro, promovendo interesses extracontratuais merecedores de tutela jurídica, gerando postos de trabalho, recolhimento de impostos e fomento a áreas como entretenimento, esporte, cultura, entre outras, que, em regra, são alheias ao regime contratual, mas que por ele são diretamente afetadas.²³⁴

Nos termos do instrumento contratual entabulado, tendo por base a tutela das garantias individuais perante (e no contexto) (d)o mercado, podem, os contratantes, no exercício de sua liberdade contratual, estabelecer o caminho a ser seguido para se alcançar o resultado útil programado com a relação jurídica avençada, sob diversos aspectos, mediante uma gestão de riscos contratuais, que deve ser respeitada entre as partes.²³⁵

A Lei nº. 13.874/2019, denominada “Lei da Liberdade Econômica” – sem que seja pretensão deste estudo analisar sua axiologia ou teleologia²³⁶ –, incluiu, no Código Civil, o art. 421-A, o qual, em seus incisos I e II, dispõe que “as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas contratuais e de seus

²³³ Nesse sentido, pode-se visualizar “o contrato, como formalização jurídica daquela [da operação econômica], isto é, como conquista da ideia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idónea para tal fim. (...) Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11).

²³⁴ Nessa linha: “Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 17). No mesmo sentido, sobre a autonomia privada, reconhece-se que ela “não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, impunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República. Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, mas somente será merecedora de tutela se realizar, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-406).

²³⁵ Nesse sentido, para Paula Greco Bandeira: “no âmbito contratual, em situações patrimoniais em que haja simetria de informações, há de se respeitar a alocação de riscos estabelecida pelas partes no momento da contratação, vez que a autonomia privada já define, no instrumento contratual, a qual parte incumbe a satisfação de determinado dever, que há de ser regularmente executado, sob pena de responsabilização” (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45).

²³⁶ Não é objetivo deste estudo adentrar as nuances e discussões correlatas à finalidade e às bases do referido diploma normativo, ressaltando-se, apenas pontualmente, a lição de Gustavo Tepedino e Laís Cavalcanti: “Mostra-se indubitosa a utilidade, do ponto de vista do direito econômico, da reafirmação das liberdades econômicas no país, refreado por excesso burocrático. Tais postulados de liberdade, contudo, não podem ser interpretados isoladamente. Inserem-se no conjunto de valores constitucionais que agrega à liberdade, solidariedade e igualdade; e, à livre iniciativa, o valor social do trabalho e diversos interesses transindividuais” (TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas Cueva; FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 487-513).

pressupostos de revisão ou de resolução” (inciso I) e que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada” (inciso II).

O reforço legislativo enfatiza ser permitido aos contratantes, inclusive, convencionar o caminho a ser seguido diante da ocorrência de fatos relacionados aos riscos inerentes à álea normal do contrato, gerindo, portanto, riscos que guardam relação de pertinência com a causa do contrato e com a síntese dos efeitos essenciais perquiridos pelas partes, atinentes a questões econômicas e à possibilidade de incumprimento,²³⁷ tendo por base o nexo de correspectividade prestacional caracterizado pelo sinalagma contratual.²³⁸

É possível, assim, que as partes façam a gestão positiva e negativa de riscos contratuais, considerando, nesse diapasão, situações capazes de desvirtuar e perturbar o prumo escoreito da relação jurídica, repartindo os riscos inerentes ao próprio fato/ato de se estar em um contrato,²³⁹ definindo expressamente as responsabilidades e delineando a sua incidência à luz de determinados suportes fáticos, os quais também podem ser artesanalmente definidos e ajustados, moldando o catálogo legal.²⁴⁰

Dessa forma, as partes podem, em contrato, definir, entre outros aspectos da relação jurídica: os suportes fáticos para incidência de remédios contratuais e delimitar a própria

²³⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 51.

²³⁸ Assim: “os negócios jurídicos levados a cabo pelos particulares têm finalidade de repartir os riscos de determinada atividade econômica entre os contratantes, de modo a fixar as respectivas responsabilidades e, assim, efetivar os interesses das partes *in concreto*. Nesta direção, atribui-se ao contratante a responsabilidade pelas consequências deflagradas pelo implemento de determinado fato superveniente previsível, cuja ocorrência, no momento da contratação era incerta (*rectius*, risco). A verificação do risco repercutirá, assim, na esfera jurídica dos contratantes, desencadeando as responsabilidades definidas no contrato, com impacto na relação contratual e na economia das partes. (...) A alocação dos riscos econômicos deve ser identificada no caso concreto, de acordo com o específico regulamento de interesses” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutive expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401).

²³⁹ Admite-se, desse modo, que “em certos contratos essa incerta travessia entre o ontem (momento da conclusão) e o amanhã (o tempo do seu adimplemento) é particularmente sujeita a vicissitudes que nem sempre os contraentes podem controlar. (...) Em todos eles, os contraentes bem avisados – sabendo que encontrarão fatores de perturbação das prestações ajustadas que estão fora de seu controle ou gestão – devem cogitar de inserir no ajuste mecanismos que permitam minimizar o risco da instabilidade ínsita à passagem do tempo” (MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817).

²⁴⁰ Nessa toada: “Dois são os mecanismos de gestão de riscos: a gestão positiva e a gestão negativa. (...) Ao ser repartido entre os contratantes, o risco previsível passa a integrar a álea normal do contrato, compreendida como risco externo ao contrato, o qual, embora não integre a sua causa, mantém com ela relação de pertinência, por representar o risco econômico previsível assumido pelos contratantes ao escolher determinado tipo ou arranjo contratual. A definição da álea normal irá se operar no concreto regulamento de interesses (...)” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 169).

aplicação desses remédios contratuais em concreto; ou, ainda, soluções e procedimentos avençados *ex ante*, a serem utilizados *ex post*, caso se caracterize o risco previsto.

Veja-se, como exemplo de gestão positiva de riscos inerentes à álea normal do contrato, a cláusula resolutiva expressa, por meio da qual as partes definem hipóteses nas quais devem responder, à luz da contratação em concreto, como se tivesse sido caracterizado o suporte fático do inadimplemento absoluto. Também se reconhece, nos termos da cláusula, a autotutela dos interesses das partes contratantes, podendo ser afastada a atuação do Poder Judiciário, admitindo-se que as partes possam solucionar entraves à relação jurídica à luz dos contornos estabelecidos contratualmente, pactuando-se a possibilidade de resolução do contrato sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial.

Sob essa ótica, observa-se ser possível definir, em gestão positiva de riscos contratuais, à luz de situações previamente acordadas, o suporte fático correspondente à situação em concreto, os remédios a serem aplicados, e o contexto de sua aplicação.

Considere-se, por exemplo, a hipótese de se convencionar contratualmente, nos termos do art. 393 do Código Civil, que o devedor se responsabilizará por eventuais perturbações na relação contratual oriundos de caso fortuito e força maior, os quais, em regra geral, teriam o condão de afastar o nexos de imputabilidade pelo incumprimento da prestação.²⁴¹ Nesse caso, à luz da autonomia privada, os contratantes terão gerido positivamente os riscos atinentes à álea normal do contrato, imputando ao devedor uma responsabilidade que, em regra, tendo por base o catálogo legal ordinário, não lhe seria imputável.²⁴²

²⁴¹ Quanto aos efeitos contratuais em regra produzidos em decorrência do caso fortuito e da força maior, são citadas as obras de Mario Júlio de Almeida Costa, Roberto de Ruggiero e Caio Mário da Silva Pereira: (i) “Exclui-se a responsabilidade do devedor pelo incumprimento definitivo, simples mora ou cumprimento defeituoso, sempre que tais situações derivem de facto do credor ou de facto não imputável nem a um nem a outro. Ocorre a última hipótese quando o inadimplemento derive de facto de terceiro ou, em termos gerais, exista caso fortuito ou de força maior” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1.072); (ii) “Quando a imputabilidade cessa, por não ser o fato danoso dependente da vontade do agente, estamos em frente do que se chama o caso fortuito e, por consequência, da exoneração de qualquer responsabilidade” (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, v. 3, 2. ed. Tradução: Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2005, p. 172); e (iii) “No Direito romano, na sua lógica impecável, já figurava a liberação do devedor, admitindo a exoneração quando o descumprimento provinha do fortuito ou do acaso, exprimindo-o sucintamente, em termos que até hoje se repetem: *casus a nullo praestantur*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, v. 2, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 336).

²⁴² Dada a relevância, colhe-se o exemplo citado por Pothier sobre a assunção contratual de responsabilidade pelo fortuito e pela força maior: “O princípio que temos estabelecido, segundo o qual o devedor de um corpo certo fica liberado da sua obrigação quando a coisa devida perece sem nenhum ato ou culpa da sua parte, e antes que seja constituído em mora, recebe uma exceção quando o devedor se encarrega pelo risco de casos fortuitos, por uma cláusula particular do contrato. Por exemplo, se eu entreguei uma pedra a um lapidador para que ele a lapidasse, e ela se rompeu por vício do material, e sem nenhuma culpa por sua parte, mesmo que normalmente esta perda, que ocorreu sem a culpa do lapidador, e por uma espécie de caso fortuito, deva liberá-lo da obrigação que contraiu de entregar-me a pedra lapidada, contudo, se por um ajuste particular em nosso contrato ele tivesse se encarregado desse risco, não estaria livre, e seria obrigado a pagar-me o preço da pedra” (POTHIER, Robert

Acredita-se, portanto, trazendo a análise para o objeto específico deste estudo, que, por meio da gestão positiva de riscos contratuais, também seja possível definir o valor equivalente à prestação frustrada. Daí a relevante utilização do exemplo da cláusula resolutiva expressa, dada a sua dinâmica normativa diretamente atrelada ao suporte fático do inadimplemento absoluto, suporte fático de aplicação da execução pelo equivalente, como visto.

O equivalente em dinheiro corresponderá, assim, ao valor do próprio objeto mediato, podendo ser definido pelos contratantes, por exemplo, um montante fixo (ou qualquer outro), o qual poderá, por exemplo, guardar relação com o próprio preço, visando a atribuir racionalidade econômica ao negócio e até mesmo permitir a sua realização, eis que, a depender da natureza do bem da vida, a insegurança acerca de seu valor na data do adimplemento poderá ser um fator de afastamento das partes. A relação é de causa e efeito.

De outro turno, também se entende ser possível que as partes pactuem “como” definir o equivalente em dinheiro realizando a gestão negativa dos riscos atinentes à álea normal do contrato, não sendo, nessa hipótese, caso de se estabelecer, já no bojo do próprio contrato firmado, um rol próprio de situações ensejadoras do suporte fático do inadimplemento absoluto, ou as consequências decorrentes de determinados suportes fáticos, ou mesmo o próprio equivalente.

Diferentemente, na gestão negativa de riscos, como se sugere para fins de definição do equivalente em dinheiro, os contratantes poderão estabelecer, desde já, um procedimento próprio para que, na eventualidade da caracterização futura do suporte fático do inadimplemento absoluto, seja possível definir, de maneira mais eficiente e pré-ajustada, esse montante, com base, por exemplo: (i) na escolha de um terceiro com especialização no nicho de mercado do objeto prestacional, para que este determine o valor equivalente em determinada data, ou na data do inadimplemento; (ii) em critérios objetivos de mercado, devidamente parametrizados, como bolsas e afins; (iii) no ajuste de índices específicos de correção monetária; e (iv) na atuação bilateral das partes, que definirão, juntas, uma vez caracterizado o suporte fático do inadimplemento absoluto, o valor equivalente.

Assim, a figura do “contrato incompleto”²⁴³ poderá ser utilizada para tal finalidade pelos contratantes, com o objetivo de estabelecer um procedimento próprio, previamente

Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução: Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001, p. 590).

²⁴³ Nesse sentido: “O contrato incompleto consiste, assim, em uma palavra, em negócio jurídico que emprega técnica de gestão negativa da álea normal do contrato e que, por se revelar como solução flexível, se apresenta, no mais das vezes, como medida que atende de modo mais efetivo aos interesses das partes in concreto” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana

definido, visando à apuração do equivalente em dinheiro com base em parâmetros contratuais expressos avençados em *prius*, para um contexto próprio atrelado à inexecução obrigacional definitiva e imputável, para instrumentalização em *posterius*.

Cabe um importante adendo: não se pretende debater, neste estudo, as bases do instituto do “contrato incompleto”. Tampouco se pretende afirmar, nos termos da análise proposta, que a gestão negativa dos riscos inerentes à álea normal do contrato, em toda e qualquer hipótese, dependa da utilização do “contrato incompleto”. Podem existir situações as quais simplesmente não são passíveis de pronta aferição pelas partes, em *prius*, para que elas possam, *ex post*, utilizar-se do regramento previamente estabelecido em contrato. No mais, fato é que a autonomia privada não parece se limitar a técnicas específicas, não se podendo cogitar de sua clausura definitiva a técnicas próprias.

Portanto, pode-se admitir ao leitor visualizar os meios de definição do equivalente em dinheiro aqui sugeridos, por gestão negativa de riscos contratuais, sem necessariamente se utilizar da técnica do “contrato incompleto”, bastando, para tanto, fazer uma leitura mais ampla dos meios e parâmetros apresentados. A bem dizer, a utilização da figura do “contrato incompleto” na presente análise, portanto, tem a singela finalidade de atribuir à questão maior rigor formal, não sendo técnica peremptória, sem a qual não se poderia cogitar da fixação do equivalente em dinheiro por gestão negativa de riscos contratuais.

Feitos os devidos esclarecimentos, no que tange à definição do equivalente em dinheiro por meio da gestão negativa de riscos contratuais, considere-se, por exemplo, a relevância, especificidade ou raridade do objeto mediato da prestação ajustada, cujo valor de mercado dependa, por exemplo, do crivo de um *expert*. Um terceiro especialista certamente terá maior capacidade de definição do equivalente em dinheiro do que as próprias partes, dada a natureza do objeto prestacional. E isso será relevante para a própria relação contratual. Daí a relevância da gestão negativa de riscos contratuais para a finalidade deste estudo.

Também se entende ser possível estabelecer, em gestão negativa, para apuração do equivalente em dinheiro, um parâmetro de mercado; ou mesmo a possibilidade de se alcançar, em comum acordo, *a posteriori*, o valor equivalente.

Valendo-se de técnicas de gestão negativa de riscos, os contratantes já estabelecerão contratualmente que, eventualmente sendo caracterizado o suporte fático do inadimplemento absoluto, em *posterius*, o valor correspondente será apurado de acordo com o regulamento estabelecido em *prius*.

Para os fins deste estudo, parece ser possível que as partes definam, mediante a realização da gestão positiva ou negativa da álea normal referente aos riscos atrelados à programação contratual, com base em cláusulas contratuais, o equivalente em dinheiro, já fixando-o de plano, ou estabelecendo um *modus operandi* por meio do qual poderá vir a ser alcançado, à luz de um regulamento específico, predisposto contratualmente.²⁴⁴

Feitos os necessários esclarecimentos iniciais, que justificam a escolha deste estudo pela gestão positiva e negativa dos riscos contratuais entre os possíveis meios para a definição do equivalente em dinheiro, passa-se a uma análise mais detida da questão, delineando-se, assim, o entendimento a respeito.

3.1.1.1 Gestão positiva de riscos contratuais e o equivalente

A partes podem, no espectro da autonomia privada e em seu concreto regulamento de interesses, definir contratualmente os matizes de risco, as suas responsabilidades e as consequências jurídicas decorrentes do advento do risco aventado, desde que exerçam sua autonomia privada à luz da axiologia constitucional. Assim parece também se dar em relação à prefixação do equivalente em dinheiro à prestação avençada, em sede de gestão positiva de riscos inerentes à álea normal do contrato.²⁴⁵

A título ilustrativo, faz-se nova invocação à cláusula resolutiva expressa, talvez o exemplo mais cristalino a respeito da gestão positiva de riscos contratuais, tendo por fundamento a autonomia privada.²⁴⁶ Com efeito, por meio dessa cláusula contratual pode, o

²⁴⁴ Para Aline de Miranda Valverde Terra e Paula Greco Bandeira: “Trata-se, portanto, a cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto, de institutos alicerçados sobre a autonomia privada, e que conferem às partes a possibilidade de gerir os riscos a que seu negócio está exposto de forma mais eficaz e consentânea com as peculiaridades do negócio concreto, a fim de melhor promover a consecução dos interesses perseguidos” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401).

²⁴⁵ Assim: “Tendo sido a alocação de riscos no contrato feita no âmbito do exercício legítimo da autonomia das partes – conformada, portanto, à boa-fé objetiva em todas as suas vertentes e aos limites internos e externos da função social –, ela se encontra refletida nas prestações mutuamente assumidas. Trata-se da gestão positiva da álea normal, segundo a qual as partes distribuem os riscos previsíveis no âmbito do contrato” (TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas Cueva; FRAZÃO, Ana (Coordenadores). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 487-513).

²⁴⁶ Nesse sentido: “A cláusula resolutiva expressa é, em definitivo, manifestação evidente da autonomia privada. Atribui-se às partes a liberdade de, ao criar o vínculo jurídico, estabelecer em que situações ele poderá ser

credor, transferir ao devedor o risco de insatisfação no tocante ao cumprimento da prestação avençada, por convenção contratual, ou a partir da disciplina conferida aos efeitos decorrentes da concretização de riscos já imputados pela lei à contraparte. Também se admite a sua utilização para a autotutela contratual das partes.²⁴⁷

De relevante para o presente estudo, tendo por base a dinâmica da cláusula resolutiva expressa, reconhece Aline de Miranda Valverde Terra que, “em presença de cláusula resolutiva expressa, o inadimplemento absoluto facultará ao credor resolver o contrato extrajudicialmente ou *demandar o cumprimento da prestação pelo equivalente*”.²⁴⁸

A cláusula resolutiva expressa, como se vê, permite um ajuste fino, autorizando os contratantes a modelar, em concreto, situações específicas nas quais incidirá o regime da responsabilidade contratual, como se diante do suporte fático do inadimplemento absoluto se estivesse, permitindo, ainda, que a resolução, que, via de regra, deve ser debatida perante o Poder Judiciário (art. 474 do Código Civil), possa ser alcançada por meio de um singelo ato de comunicação entre as partes, na via extrajudicial.

Ao permitir que as partes definam contratualmente as bases de suas responsabilidades, atraindo os remédios típicos da patologia contratual do inadimplemento absoluto, a cláusula resolutiva expressa, automaticamente, acaba por também ajustar entre as partes um rol de situações nas quais o credor pode se valer do remédio alternativo à resolução, notadamente, da execução pelo equivalente.²⁴⁹

Reconhecendo a ampla margem decisória conferida aos contratantes pelo ordenamento jurídico, à luz da autonomia privada,²⁵⁰ tendo como grande demonstração dessa zona de liberdade contratual a própria cláusula resolutiva expressa, em gestão positiva dos riscos contratuais,²⁵¹ parece também ser possível, como exposto, pré-fixar o valor equivalente, em

desfeito, desde que conduzam à incapacidade de a relação obrigacional promover o resultado útil programado” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 47).

²⁴⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401.

²⁴⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 139.

²⁴⁹ Nesse sentido: “retirar tais eventos do âmbito da teoria geral do risco desenhada pelo legislador e incluí-los como suporte fático da cláusula resolutiva expressa significa permitir ao credor, diante de sua verificação, optar entre resolver de pleno direito o contrato ou executar a medida que o legislador prevê como alternativa à resolução – de regra, a execução pelo equivalente” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 54).

²⁵⁰ Para Aline de Miranda Valverde Terra: “O fundamento da cláusula, repita-se à exaustão, não é e nunca foi a proteção do sinalagma, mas a autonomia privada dos contratantes. Cuida-se, com efeito, de genuína expressão da autonomia privada” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49).

²⁵¹ Para Ana Carolina Devito: “A cláusula resolutiva, ao permitir a extinção do vínculo obrigacional sem a necessidade de recurso ao Poder Judiciário, evidencia, portanto, a ampla margem decisória conferida aos

caso de eventual e futura (porém incerta) caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, no curso da relação contratual.

Aline de Miranda Valverde Terra reconhece que a cláusula resolutiva expressa “permite às partes distribuir as perdas decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais de forma ímpar, facultando-lhes valorar a relevância de cada obrigação e estabelecer as *consequências de sua inexecução*, conforme o concreto regulamento de interesses”.²⁵²

Tendo como fonte precípua a autonomia privada e prestando-se a modelar um catálogo concreto de situações atreladas (ou excluídas) (do) ao suporte fático do inadimplemento absoluto, possuindo, de certo modo, relação com o remédio da execução pelo equivalente, acredita-se que, com base na autonomia privada e no exemplo da cláusula resolutiva expressa, também seja possível definir, em cláusula contratual específica, o campo de aplicação da execução pelo equivalente e o equivalente em dinheiro à própria prestação frustrada, a fim de que, assim, seja possível direcionar com maior segurança e previsibilidade para as partes os possíveis efeitos decorrentes de um eventual cenário de inadimplemento absoluto.

Entende-se, assim, que, ao lado da cláusula resolutiva expressa – sem que esta necessariamente deva ter sido aposta no contrato, logicamente –, também podem, os contratantes, definir expressamente uma cláusula para definição do valor equivalente, que poderá ser intitulada, à luz da criatividade das partes, como “cláusula de equivalência”, “cláusula de definição prévia do equivalente em dinheiro”, ou designações similares. O importante é a sua função: permitir aos contratantes previsibilidade à luz da equação econômico-individual entabulada, acerca do valor em dinheiro que representa a própria prestação, caso se caracterize o suporte fático do inadimplemento absoluto. De resto, tal cláusula também dará maior previsibilidade ao credor, na escolha do remédio a ser utilizado.

É essa, portanto, a primeira proposta de meio para alcançar o *quantum* equivalente à prestação frustrada pelo devedor, nos termos do contrato avençado, em cláusula própria, que dialogue ou não com a cláusula resolutiva expressa. E de fato, uma cláusula que estabeleça previamente o equivalente em dinheiro à prestação, caso se caracterize o suporte fático do inadimplemento absoluto, parece ser merecedora de tutela jurídica por promover a garantia individual dos contratantes, à luz de sua autonomia privada e de sua liberdade contratual.²⁵³

contratantes pelo ordenamento jurídico” (ZANETTI, Ana Carolina Dearo Devito. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 134).

²⁵² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 53-54.

²⁵³ Questão nesse sentido foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar matéria correlata à fixação de preço fixo em contrato envolvendo *commodities* listadas na Bolsa de Valores (atual B3). Esse ponto específico

No mais, não se observa qualquer limitação à fixação de valores correspondentes diretamente à prestação avençada e frustrada, desde que, logicamente, não sejam estes valores definidos de maneira unilateral, impositiva e arbitrária, exclusivamente pelo credor ou pelo devedor, sem expressa anuência de ambas as partes, a exemplo das vedações previstas nos artigos 122 e 489 do Código Civil,²⁵⁴ que revelam verdadeiras condições potestativas, nulas de pleno direito.

A bem dizer, a escolha do credor pela execução pelo equivalente diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, nos termos do art. 475 do Código Civil, é, de fato, potestativa, como já se afirmou no capítulo 2.4. Mas isso não quer dizer que o valor equivalente possa ser apurado a partir do arbítrio ou de “práticas potestativas puras (art. 489 do Código Civil) ou de duvidosa aceitação”.²⁵⁵ Não se pode confundir exercício do direito potestativo a um remédio contratual com a imposição de condição potestativa para definição do valor da prestação.

Não obstante, o equivalente em dinheiro, fixado previamente, deve também representar de forma cristalina o nexo de sinalagmaticidade contratual, sujeitando-se, ainda, ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, podendo vir a ser discutido – administrativamente ou judicialmente – pelas partes, caso, de maneira extraordinária, venha a

não foi enfrentado, em virtude da aplicação dos óbices sumulares nº. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. A decisão, de todo modo, demonstra que a fixação de valores previamente, equivalentes ao objeto prestacional, é possível contratualmente (neste caso, a preço fixo). Nesse sentido: “Quanto à comprovação das alegações dos réus-reconvintes, lê-se no aresto recorrido que a Corte estadual verificou, ao analisar o contrato firmado entre as partes e a cédula de crédito, terem as partes avençado preço fixo, independente da variação do preço das sacas na Bolsa de Mercadorias e Futuros, BM&F (atual B3). Veja-se: Os réus, no entanto, afirmam que as partes ajustaram o preço fixo de US\$ 180,00 por saca, estando, portanto, quitada a dívida. Ora, analisando o Termo para Celebração dos Compromissos da Modalidade de Trocas na Campanha de Barter Max Café: CC3C2NUI11, firmado em 07 de julho de 2010, as partes pactuaram que o *valor da saca de café em grão seria equivalente a US\$ 180,00*. Consta do referido termo, no item 1.7, que *se houvesse a fixação igual ou maior quanto ao valor indicado de US\$ 180,00 por saca (prelo do mercado de referência 2), este não seria modificado (fl. 23), o que significa dizer, que as partes estabeleceram um valor certo para a saca do produto, indiferentemente das oscilações do mercado na bolsa de mercadorias e futuros – BM&F, considerando a taxa de conversão cambial, a ser divulgada no dia anterior à liquidação do título*. É de se ver na própria cédula de crédito que o *valor da liquidação tomou por limite o valor do mercado de referência, assim definido como USD 180,00/sc de 60kg*. O acórdão impugnado está, portanto, fundamentado no quadro fático singular formado na presente demanda. A revisão do aresto impugnado no sentido pretendido pela recorrente exigira derruir a convicção formada nas instâncias ordinárias sobre as obrigações contraídas pelas partes e, ainda, quanto à suficiência de provas. Essas medidas não são possíveis pela via estreita do recurso especial, conforme os enunciados da Súmula do STJ nº 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial e nº 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 602.912/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 14.11.2017).

²⁵⁴ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

“Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.”

²⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 147.

impor severo desequilíbrio ao nexo de correspectividade que permeia a relação contratual, tendo por base situações alheias à vontade das partes, que repercutam diretamente no valor da coisa, trazendo realidade deveras deturpada em relação àquela correspondente ao momento no qual as partes definiram esse equivalente em dinheiro.

A prefixação do valor equivalente deve ser um fator de previsibilidade e segurança contratual para ambas as partes, não compatível com intempéries que porventura tornem o montante definido deveras pesaroso para o devedor ou ínfimo para o credor, em decorrência de cenários supervenientes extraordinários e objetivamente nocivos à equação econômico-individual do contrato, díspares daquele presente no momento em que as partes entenderam por bem fixar o equivalente em dinheiro para nortear o contrato. Não é essa a função que se pretende extrair da execução pelo equivalente e tampouco deste meio de definição do equivalente em dinheiro.

A delimitação prévia do equivalente em dinheiro, em sede de gestão positiva de riscos atrelados à álea normal do contrato, não pode figurar como elemento de aniquilação do devedor e tampouco como subterfúgio para o enriquecimento sem causa do credor. Mas de outro lado, também não será qualquer variação econômica que permitirá o debate entre os contratantes a respeito do valor fixo pactuado.

Cabe uma breve ponderação: embora se esteja a discorrer sobre valores, é importante apontar que, em amplo aspecto, o nexo de correspectividade reside, em regra, no intercâmbio das prestações avençadas, de modo que, mesmo que uma das prestações possua, por exemplo, baixo valor de mercado, sob perspectiva meramente objetiva, pode ter tamanha importância a um dos contratantes, de tal maneira a lhe induzir a prestar bem economicamente mais valioso, e que, em concreto, seja-lhe menos importante, assim reconhecendo a higidez, em concreto, do nexo de correspectividade prestacional.²⁵⁶

²⁵⁶ Nessa linha: “A partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou correspectividade entre as prestações, a qual revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação traduz o equilíbrio intrínseco do concreto negócio e, por isso mesmo, há de ser perseguida pelas partes” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401). Para Karl Larenz, o nexo de correspectividade prestacional seguirá mantido quando cada parte encontrar na prestação da outra a compensação suficiente à sua própria: “No es necesario para la existencia de un contrato ‘bilateral’ que las prestaciones recíprocas sean equivalentes según un criterio objetivo; basta que cada parte vea el la prestación de la otra una compensación suficiente a su propia prestación. Por tanto, lo que interesa en este punto es el juicio subjetivo de cada parte contratante. Lo decisivo es que cada uno de los partícipes se obligue a una prestación em virtud de una contraprestación” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 267).

O que se quer dizer é que eventual disparidade objetiva entre o valor das prestações, por si só, não caracteriza, por si só, ruptura do sinalagma ou mesmo desequilíbrio contratual, a denotar a desidratação do equivalente em dinheiro previamente fixado pelas partes. Essa análise deve ser feita à luz do concreto regulamento de interesses e com base na síntese dos efeitos essenciais pretendidos pelos contratantes. Dessa maneira é que deve ser apurada eventual situação superveniente capaz de impor desaprumo no nexo de corresponsabilidade prestacional, podendo atingir o valor fixado a título de equivalente em dinheiro, nos termos contratuais.

Existem alguns aspectos positivos que podem ser extraídos da definição prévia do equivalente em dinheiro, em gestão positiva de riscos contratuais, como se passa a expor.

A *um*, credor e devedor saberão de plano, respectivamente: (i) quanto cobrar e, portanto, quanto pagar – considerando que na execução pelo equivalente credor e devedor devem prestar –, já tendo acesso a um valor previamente liquidado a título de equivalente em dinheiro, caso seja escolhida, pelo credor, à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto, a execução pelo equivalente; e (ii) quanto deve, o devedor, provisionar e contingenciar, caso, supervenientemente, venha a inadimplir em absoluto, sujeitando-se, porventura, ao remédio da execução genérica.

A *dois*, os contratantes, antevendo os riscos inerentes à caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, e diante da equação econômica do contrato, podem definir, no exercício de sua autonomia privada e liberdade contratual, um valor fixo para o equivalente em dinheiro, por exemplo, ou algum outro valor que atenda aos seus interesses.

Assim, com a definição prévia do equivalente em pecúnia, credor e devedor conferem previsibilidade à relação jurídica, já pré-liquidando, ainda, o equivalente em dinheiro à própria prestação em um contexto de inadimplemento absoluto, já tendo pavimentado o numerário a ser exigido/pago caso seja necessário o cumprimento forçado, sem surpresas.

A *três*, a gestão positiva de riscos contratuais com a prévia definição do equivalente em dinheiro à prestação é capaz de auxiliar o credor na definição do próprio remédio contratual a ser utilizado em um cenário de inadimplemento absoluto: se escolherá a resolução, liberando-se de prestar, caso não tenha cumprido sua prestação, ou recebendo de volta o bem já prestado, caso já tenha cumprido sua prestação; ou se escolherá o cumprimento pelo equivalente em dinheiro, efetuando a prestação a que se comprometeu e obtendo, em retorno, o correspondente pecuniário ao bem que deixou de lhe ser entregue pelo devedor.

Como consignado neste estudo, a escolha, pelo credor, deverá considerar o seu interesse útil em obter acesso ao equivalente em dinheiro e em se valer das especificidades do cumprimento pelo equivalente.

À luz do concreto regulamento de interesses, pode ser que a relevância da escolha do credor pelo cumprimento pelo equivalente se baseie: (i) caso o credor ainda não tenha efetuado sua prestação: na possibilidade de o credor ainda vir a cumprir a prestação que lhe cabe, prestando bem que para ele não possui utilidade, e recebendo de volta do devedor o equivalente em dinheiro à prestação frustrada; (ii) caso o credor já tenha efetuado sua prestação: na ausência de interesse em receber de volta (em sede de efeito restitutivo típico do remédio resolutorio) bem por ele já prestado e que não possui utilidade; ou (iii) na possibilidade de acessar o equivalente em dinheiro para que, perante o mercado, possa ele ter acesso ao bem da vida que não lhe foi entregue pelo devedor. Entre outras possibilidades.

A *quatro*, a definição *ex ante* do equivalente em dinheiro à prestação do devedor tem, ainda, um aspecto prático de veras relevante. O credor já terá em mãos, caso faça a escolha pelo remédio da execução pelo equivalente, uma dívida líquida, certa e positiva, de tal maneira que o contrato – caso possua os requisitos formais necessários para caracterizar um título executivo extrajudicial (art. 784, inciso III, do Código de Processo Civil²⁵⁷) – poderá vir a ser executado judicialmente, via execução de título extrajudicial por quantia certa. Isso, logicamente, caso seja comprovada a exigibilidade da dívida em concreto.²⁵⁸

É nesse contexto, portanto, que se entende possível – e até mesmo relevante para a própria equação econômico-individual do contrato, a depender do caso – a fixação prévia, em sede contratual, do equivalente em dinheiro, por meio de cláusulas contratuais, em gestão positiva de riscos inerentes à álea normal do contrato.

Por fim, podem, ainda, os contratantes, quando da definição prévia do valor equivalente, impor a não incidência de correção monetária e de juros. O afastamento expresso dessas rubricas é mais seguro às partes, caso este seja, de fato, seu interesse. Isso porque, no

²⁵⁷ “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; (...)”. Para Leonardo Greco: “Quanto aos títulos executivos extrajudiciais, somente sua expressa enumeração legal oferece suficiente garantia de que a dispensa de processo de conhecimento anterior se justifica, pois substituída pela confissão real ou presumida do devedor” (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 105).

²⁵⁸ Ainda de acordo com a lição de Leonardo Greco: “A exigibilidade exprime a inexistência de impedimento à eficácia atual do crédito, que resulta do seu inadimplemento e da ausência de termo, condição ou de contraprestação. É o inadimplemento que torna possível a propositura da ação executiva. O título normalmente não atesta o inadimplemento, resultando a prova da exigibilidade do simples transcurso da data do vencimento, da inexistência de condição ou contraprestação” (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 124).

silêncio, em se tratando de matéria de ordem pública, é natural que se admita e se reconheça a incidência desses consectários.

Compreende-se a gestão positiva de riscos integrantes da álea normal do contrato, portanto, como um possível e valioso instrumento para a quantificação do equivalente em dinheiro à prestação, diante da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, e para a própria viabilização da execução pelo equivalente, caso pretenda, o credor, deflagrá-la via procedimento de execução por quantia certa.²⁵⁹

A definição *ex ante* do valor equivalente, no bojo do contrato, é, inclusive, um caminho relevante para a própria formação do vínculo contratual, a depender da natureza e do alcance da operação pretendida pelas partes em concreto, conferindo previsibilidade e segurança jurídica e econômica para os contratantes.

No mais, trata-se de meio importante para a própria instrumentalização da execução pelo equivalente, como se demonstrou, permitindo a sua instauração por meio de procedimento executivo.

3.1.1.2 Gestão negativa de riscos contratuais e o equivalente

A gestão negativa dos riscos inerentes à álea normal do contrato, por sua vez, permite aos contratantes, ao invés de uma pronta definição acerca das consequências da implementação dos riscos contratuais, que sejam definidos, de plano, parâmetros por meio dos quais serão resolvidas as mazelas ocorridas durante a execução do contrato, caso os riscos apontados sejam implementados.

Essa gestão pode se basear na reconhecida incompletude do contrato.²⁶⁰ Como disposto, utiliza-se, para os fins deste estudo, a figura do “contrato incompleto”, por meio do qual se permite às partes alocar *ex ante* determinados riscos econômicos supervenientes, para

²⁵⁹ Como se verá no capítulo 3.2, a execução de título extrajudicial não é o único veículo processual do qual poderá se servir o credor que opte pela execução pelo equivalente; notadamente, por cumprir o contrato pelo equivalente em dinheiro.

²⁶⁰ Sobre a incompletude dos contratos, Judith Martins-Costa e Guilherme Nitschke dispõem que: “Diante da certeza sobre as incertezas, as partes preferem deixar a regulação de certos aspectos para o futuro, se e quando for necessário regulá-los. O contrato, então, consistirá parte de uma rede complexa, em que se entrecruzam nexos econômicos, funcionais e finalistas dirigidos a alcançar um ‘resultado global’” (MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, ano 1, p. 1.247-1.299, jan./fev. 2015).

estabelecer *ex post* as perdas e os ganhos econômicos decorrentes do evento futuro, mediante o preenchimento da lacuna contratual de acordo com os critérios definidos previamente pelas partes.²⁶¹

Paula Greco Bandeira apresenta o conceito de “contrato incompleto”, ressaltando que a conceituação proposta representa a perspectiva eminentemente jurídica, ressaltando a existência de entendimentos diversos a respeito desse instituto jurídico. Aduz, assim, que se define como incompleto o contrato que apresenta lacuna em sentido técnico, isto é, o negócio jurídico no qual um ou alguns de seus elementos se encontram “em branco”, sujeito à determinação futura, a partir de critérios fixados de antemão pelos contratantes. Assim, o contrato incompleto consiste em negócio jurídico mediante o qual os particulares deliberadamente deixam em aberto lacunas que serão preenchidas posteriormente por um terceiro, por uma ou ambas as partes, ou mediante fatores externos ao contrato.²⁶²

Ao dispor sobre o perfil funcional dos contratos incompletos, Paula Greco Bandeira afirma, ainda, que esse instrumento permite que se estabeleçam novos parâmetros interpretativos para o regulamento contratual incompleto, determinando-se a disciplina jurídica que lhe é aplicável, na qual se destacam os princípios da boa-fé objetiva, função social e do equilíbrio econômico dos contratos.²⁶³

Reconhece a autora as possibilidades de contratos incompletos que podem se configurar no cenário contratual brasileiro, deles se podendo extrair a autorização para a prática de diversos outros contratos incompletos – típicos ou atípicos²⁶⁴ –, afirmando se tratar de instrumento merecedor de tutela jurídica, que também se sujeita às espécies de controle, legal e valorativo.²⁶⁵ Para Paula Greco Bandeira, o merecimento de tutela do contrato incompleto se baseia em dois pilares: (i) a exigência legal quanto à determinabilidade do

²⁶¹TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401.

²⁶² BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-50.

²⁶³ BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

²⁶⁴ BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 153.

²⁶⁵ Nesse sentido: “A autonomia privada, portanto, poderá firmar contratos incompletos – típicos ou atípicos – que contenham lacunas acerca de determinado elemento da relação contratual, que será integrado por uma ou ambas as partes, por terceiro ou mediante fatores externos, de acordo com o procedimento estabelecido no contrato, com o escopo de gestão negativa da álea normal dos contratos, em atendimento aos seus interesses in concreto. (...) A autonomia privada encontra, assim, amplo espaço de atuação para explorar suas potencialidades criativas, por meio da celebração de diversas espécies de regulamento contratual incompleto, no intuito de concretizar os seus interesses merecedores de tutela. Entretanto, tal atuação não se mostra irrestrita, sujeitando-se a controle por parte do ordenamento jurídico. O contrato incompleto, de fato, para merecer tutela por parte do ordenamento, sofrerá diversas espécies de controles, legais e valorativos” (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 154-155).

objeto e (ii) a concretização, para além dos interesses dos contratantes, dos valores constitucionais.²⁶⁶

Nesse cenário, para os fins deste estudo, como já asseverado, acredita-se que o “contrato incompleto” poderá também ser utilizado pelos contratantes, em gestão de riscos inerentes à álea normal do contrato, com a finalidade de fixar, oportunamente, à luz dos parâmetros definidos previamente, o equivalente em dinheiro.

O “contrato incompleto” permite, à luz da autonomia privada, amplo espaço de atuação dos contratantes, para que possam explorar as potencialidades criativas do negócio. Com efeito, a prática diária em âmbito de mercado, vista como uma incessante e rica criadora de modelos jurídicos negociais,²⁶⁷ é terreno fértil para a gestão de riscos contratuais, por meio da celebração de diversas espécies de contratos e cláusulas, no intuito de concretizar os interesses merecedores de tutela jurídica. Assim, as lacunas contratuais, sob perspectiva jurídica e em aspecto técnico, podem se referir ao preço, à quantidade negociada, às circunstâncias de lugar ou de tempo, ao modo de adimplemento, dentre *outros elementos* cuja definição antecipada seja, no caso concreto, considerada de risco pelas partes.²⁶⁸

Ao firmarem o contrato, as partes podem entender que a definição prévia de um equivalente em dinheiro, para uma eventual e futura caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, não guarda pertinência com a síntese dos efeitos essenciais pretendidos com aquele negócio. Nesse cenário, a gestão positiva de riscos atrelados à álea normal do contrato, nos termos acima propostos, poderá não ter utilidade.

No entanto, tendo por base a natureza do objeto prestacional, considerando-se, nesse prisma, elementos como a raridade do objeto, a sua natureza e especificidade, entre outros aspectos, pode ser relevante, para o nexos de correspectividade que integra o sinalagma da relação contratual, estabelecer parâmetros para que, no futuro, ante a eventual caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, seja permitido ao credor se valer do remédio da execução pelo equivalente com base em um racional econômico previamente estabelecido.

Diante da especificidade do objeto prestacional, pode ser que os contratantes, já na conclusão do contrato, antevejam não possuir bases sólidas para apurar o valor da prestação no futuro, caso eventualmente se caracterize o inadimplemento absoluto. E essa insegurança, em virtude da própria natureza da prestação, pode ser negativa para ambas as partes e,

²⁶⁶ BANDEIRA, Paula Greco. Contrato incompleto. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163 e 167.

²⁶⁷ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817.

²⁶⁸ BANDEIRA, Paula Greco. Contrato incompleto. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53-54.

consequentemente, gerar dúvidas a respeito da relação entabulada, que poderá inclusive estar em risco. Nessa linha, a gestão negativa de riscos relacionados à álea normal do contrato pode ter grande relevância.

As partes, portanto, podem definir previamente um regulamento específico, no bojo do contrato, para que, em momento posterior, porventura sendo caracterizado o suporte fático do inadimplemento absoluto, seja possível integrar essa lacuna, que dirá respeito à própria definição do equivalente em dinheiro à prestação frustrada.

Nesse sentido, a relevância e até mesmo a utilidade na pactuação de uma gestão negativa de riscos reside na importância atribuída pelas partes, à luz do resultado útil programado, de se alcançar o valor equivalente no momento do inadimplemento contratual, em virtude de suas próprias características especiais, não sendo seguro deixar ao alvedrio o parâmetro-chave para a definição do valor do objeto prestacional “apenas se” e/ou “quando” ocorrer o inadimplemento absoluto, mas tampouco sendo possível, originalmente, definir o valor equivalente.²⁶⁹ Parece ser possível que as partes contratantes, à luz da autonomia privada, da liberdade contratual e do concreto regulamento de interesses, estabeleçam parâmetros para a fixação *a posteriori* do valor equivalente, sob a dinâmica do “contrato incompleto”.

O que se propõe neste estudo, de maneira mais objetiva, é que as partes, no exercício de sua autonomia privada, busquem abrigo, ao estabelecerem os meios para definição do equivalente, nas previsões contidas nos enunciados normativos dos artigos 485,²⁷⁰ 486²⁷¹ e 487²⁷² do Código Civil, adaptando os critérios e parâmetros previstos nesses enunciados normativos à realidade da relação jurídica avençada e do próprio remédio da execução pelo equivalente.

A autonomia privada deve permitir às partes adaptar critérios já existentes na norma legal e com os quais não se visualiza qualquer incompatibilidade funcional, para que possam

²⁶⁹ A prática contratual vem demonstrando a importância de que lacunas contratuais sejam deixadas para posterior modelagem pelas partes, em concreto. Nesse sentido: “a prática passou a visualizar um certo grau de vagueza em algumas disposições contratuais como característica imprescindível, com vistas a inculir nos contratos válvulas de escape ou canais de abertura às variações provocadas pelo transcurso do tempo e pelas mudanças que daí derivam” (MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, ano 1, p. 1.247-1.299, jan./fev. 2015).

²⁷⁰ “Art. 485. A fixação do preço pode ser deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa.”

²⁷¹ “Art. 486. Também se poderá deixar a fixação do preço à taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.”

²⁷² “Art. 487. É lícito às partes fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação.”

ser utilizados na fixação do equivalente em dinheiro à prestação. Aliás, nem mesmo seria necessário o socorro a tais parâmetros legais, a eles se socorrendo, nos fins deste estudo, por se acreditar em sua relevância para os fins propostos na análise ora realizada.

Deve-se, assim, promover a necessária releitura e adaptação dos aludidos enunciados normativos não para fins de definição do *preço* do negócio, como disposto na literalidade dos referidos dispositivos legais, o qual, aliás, poderá, inclusive, já ter sido fixado pelas partes, não guardando relação direta com o equivalente em dinheiro necessariamente. O que se pretende promover é uma repaginação funcional para que os mesmos meios e parâmetros contidos nos referidos enunciados normativos, possam ser adaptados para a definição do *equivalente em dinheiro*, diante de um cenário de inadimplemento absoluto.

Os enunciados normativos em destaque permitem, em resumo, que o preço possa ser definido em momento posterior à conclusão do contrato de compra e venda, com base no “arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar” (art. 485 do Código Civil); em “taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar” (art. 486 do Código Civil); ou “em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação” (art. 487 do Código Civil).

A doutrina especializada reconhece essas três hipóteses de fixação diferida do preço como exemplos de “contratos incompletos”, dispondo de uma técnica de gestão negativa de riscos inerentes à álea normal de contratos típicos de compra e venda, entre outras possibilidades atreladas a contratos variados.²⁷³

Nesse diapasão, se o ordenamento jurídico brasileiro autoriza, por meio de enunciados normativos próprios, para contratos típicos, a utilização de “contratos incompletos”, tendo como lacuna um de seus elementos essenciais – o preço, por exemplo, em contratos de compra e venda –, estabelecendo critérios, bases e parâmetros para posterior definição, não parece ser assistemático admitir-se uma dinâmica similar para a definição posterior do equivalente em dinheiro, no momento patológico da relação contratual.

Ora, se é possível gerir riscos contratuais em relação a um elemento essencial de determinado tipo contratual (o preço, na compra e venda), também deve sê-lo em relação a um elemento “não-essencial”²⁷⁴ (o valor equivalente em dinheiro referente à própria prestação

²⁷³ BANDEIRA, Paula Greco. Contrato incompleto. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125-145.

²⁷⁴ A relação é de causa e efeito. Parece ser possível se entender, na espécie, que, quem pode mais – firmar lacuna contratual a respeito de elemento essencial –, pode menos – firmar lacuna a respeito de elemento via de regra não-essencial, embora possua relevância premente à luz da equação econômico-individual do contrato.

do devedor, em decorrência do inadimplemento absoluto).²⁷⁵ Entende-se, ademais, que tais parâmetros poderão ser utilizados, ainda, para contratos diversos, nos quais seja possível estabelecer o valor de determinado bem, com base nos parâmetros indicados nos artigos 485, 486 e 487 do Código Civil, aplicados por analogia.²⁷⁶

Acredita-se que a autonomia privada, ao dar guarida às garantias individuais, já seria fundamento suficiente para permitir, sob qualquer aspecto, a utilização desses parâmetros. No entanto, a fim de lastrear na norma legal os meios sugeridos para quantificação do equivalente em dinheiro da prestação, com base na gestão negativa de riscos inerentes à álea normal do contrato, acredita-se que esse raciocínio seja relevante para dar respaldo à proposta aqui apresentada.

Parece ser possível definir o valor equivalente em contratos variados, a partir de técnicas de gestão negativa de riscos contratuais, baseando-se, notadamente: (i) na nomeação de um terceiro, especialista na área do objeto prestacional; (ii) em taxas de mercado ou de bolsa, em determinado dia e lugar; e (iii) em função de índices ou parâmetros suscetíveis a uma determinação objetiva.²⁷⁷

3.1.1.2.1 Arbitramento por terceiro

É possível que o valor equivalente seja fixado por um terceiro, caso assim definam as partes em contrato, em gestão negativa de riscos. Esse terceiro poderá ser previamente nomeado em contrato por comum acordo ou podem as partes simplesmente dispor que, no futuro, elegerão um terceiro para apurar o valor equivalente, que poderá ser uma instituição especializada na área respectiva área de mercado do objeto prestacional ou mesmo uma

²⁷⁵ A propósito, a doutrina também faz alusão à diferença entre preço e valor da própria coisa: “Não se pode esquecer, no entanto, que a proporção entre o preço e o valor da coisa pode oscilar entre os dois momentos em função de ventos imprevisíveis e irresistíveis” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146).

²⁷⁶ Agostinho Alvim reconhece que: “Os contratos nominados, ou típicos, regem-se pelas regras gerais ditas para todos os contratos, e pelas especiais que lhes dizem respeito. Os inominados ou atípicos, regulam-se pelas normas concernentes aos contratos em geral, e, ainda, pelas regras dos contratos com que mais se assemelham” (ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 12-14).

²⁷⁷ BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13. No mesmo sentido: “(...) os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis supervenientes, deixando deliberadamente em branco certos elementos da relação contratual, a serem determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 172).

pessoa física. O relevante, nesse ponto, é que esse terceiro tenha conhecimento técnico para definição do valor equivalente à prestação.²⁷⁸

Caracterizando-se, porventura, o suporte fático do inadimplemento absoluto, o terceiro será acionado. Caso o terceiro tenha sido nomeado contratualmente, bastará o ato de comunicação, nos termos contratuais ou por qualquer meio de ciência inequívoca, para que, em determinado prazo, realize os devidos estudos para a definição do valor equivalente. Caso o terceiro não tenha sido nomeado no bojo do contrato, em *prius*, caberá às partes eleger o responsável pela quantificação do valor equivalente. É importante, como se observa, que toda a sistemática inerente à escolha pelas partes e à fixação do valor equivalente constem expressamente do contrato, evitando contratempos.

Em qualquer hipótese, a fim de evitar questionamentos a respeito do equivalente em dinheiro definido pelo terceiro, aconselha-se que a nomeação seja expressa e feita no bojo do contrato, no qual também deverá restar nítido e evidente que a concordância com a instituição ou com o terceiro responsável pela definição do equivalente em dinheiro foi alcançada mediante livre pactuação entre as partes, definindo-se, ainda, o responsável pelo pagamento pela atuação desse terceiro.

Há de se definir contratualmente, ademais, a consequência da inércia do devedor em reunir-se com o credor para nomear o terceiro, caso já não tenha sido definido o nome nos termos do contrato. Por exemplo, pode ser ajustado que a inércia do devedor permitirá ao credor nomear por sua conta o terceiro responsável pelo arbitramento do valor equivalente, impondo-se requisitos formais para a aferição da idoneidade desse terceiro, como a exigência de uma pesquisa de mercado, tendo por base um determinado número de profissionais, e a apresentação do currículo desse profissional, entre outros.²⁷⁹

A nomeação posterior do terceiro responsável pelo arbitramento do valor equivalente traduz um elevado nível de cooperação e solidariedade contratual, tornando a boa-fé objetiva

²⁷⁸ Nesse sentido, sob a ótica da definição diferida do preço em contratos de compra e venda por um terceiro, mas retratando raciocínio que pode ser também utilizado na hipótese vertente, como apresentado no presente capítulo, moldando a análise para o equivalente em dinheiro, colhe-se o entendimento de Renan Lotufo: “O arbitrador deve ter conhecimento, portanto, capacidade para o tipo de compra e venda que se estabeleceu. Se é compra e venda de automóvel, deve estar a par dos valores do mercado, para fixá-lo no momento em que lhe foi requisitado intervir” (LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: contratos em geral até doação* (arts. 421 a 564), v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175, t. I).

²⁷⁹ Esse aspecto é bastante relevante, pois o silêncio a respeito das consequências jurídicas da inércia do devedor, no tocante à nomeação do terceiro, poderá impor ao credor que lance mão de instrumentos para obtenção de uma tutela específica da obrigação de fazer pactuada – ou da substituição da vontade do devedor, nos termos do art. 501 do Código de Processo Civil –, em sede própria, para a mera nomeação do terceiro responsável pela definição do equivalente em dinheiro. Esse cenário apresentar-se-ia deveras gravoso para o credor, pois admitiria, indiretamente, a desnaturação desse meio de fixação do valor equivalente com base na gestão negativa de riscos contratuais, em razão do tempo necessário para o simples ato de nomeação do terceiro responsável pela definição.

verdadeiro guia de direcionamento e de atribuição de eficácia plena à cláusula que atribui a definição do valor equivalente a sujeitos alheios à relação jurídica originária.²⁸⁰

Nada obstante, não se pode impor ao credor, após a definição do valor equivalente, a utilização do remédio contratual da execução pelo equivalente. Na verdade, a fixação do valor equivalente por esse mecanismo, além de liquidar o equivalente em dinheiro à prestação, tem a finalidade de permitir ao credor o exercício de uma escolha consciente acerca do remédio a ser utilizado: a resolução ou o cumprimento pelo equivalente, de acordo com o seu interesse útil legítimo. Esse aspecto pode parecer contraditório, mas não é.

Como já exposto, a escolha do remédio contratual a ser utilizado para combater o momento patológico com base no suporte fático do inadimplemento absoluto é exclusivamente do credor, que não pode ser obrigado, apenas em razão da existência de um parâmetro contratual para definição do equivalente em dinheiro à prestação, a se valer do cumprimento da prestação pelo valor equivalente; diferentemente do devedor, que, diante da escolha do credor, nada pode fazer a não ser cumprir ou se defender na via própria.

A hipótese em tela, embora também possa ser aplicada de maneira genérica, parece ser mais direcionada, em regra, para objetos prestacionais específicos e que dependam de uma análise especializada, em virtude da dificuldade geral para a quantificação de seu valor de mercado, interessando, tal definição, a todos os contratantes.

A complexidade na apuração do valor da prestação e a sua relevância notória para o sinalagma contratual encontram, na definição do equivalente em dinheiro por um profissional, uma base técnica e mercadológica para que o credor possa, então, definir se prossegue com a relação jurídica, com base no valor equivalente, ou se pleiteia a sua resolução. E a importância da definição de um terceiro para tal função acaba por integrar a equação econômico-individual justamente em razão da importância da definição do valor do objeto prestacional, dada a sua especificidade.

Logicamente, caso o credor já tenha certeza a respeito da utilização do remédio resolutório, não haverá lógica em se definir o valor em dinheiro correspondente à prestação do devedor.

A título ilustrativo, à luz do exposto, veja-se, como exemplo, um contrato de permuta. Antes do mais, cabe a ponderação: como é cediço, o preço não é elemento essencial ao

²⁸⁰ Nesse sentido, para Anderson Schreiber: “Não se tolera, à luz da boa-fé objetiva, que um contratante esvazie a utilidade do contrato, ou permaneça inerte quando sua atuação se faz necessária para que tal utilidade seja atingida. Impõe-se às partes o agir responsável, tomando em consideração os interesses do outro contratante, respeitando suas legítimas expectativas, tudo em prol da realização efetiva do fim contratual” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 377).

contrato de permuta,²⁸¹ mas destaca-se, de plano, que a “não-essencialidade” do preço neste contrato típico não impede a quantificação do valor de mercado dos bens trocados, pois se está, em regra, a falar de bens que, em amplo espectro, integram determinados nichos mercadológicos.²⁸² Inclusive, tanto é assim que a própria norma legal estabelece que o contrato de permuta terá a sua dinâmica normativa atrelada aos contratos de compra e venda, pressupondo valor de mercado.²⁸³

Feitos os esclarecimentos, tenha-se em mente, para o exemplo proposto, determinado contrato de permuta firmado entre o credor A e o devedor B, que contenha cláusula específica determinando que, eventualmente caracterizada a hipótese de inadimplemento absoluto da prestação, por parte do devedor B, um terceiro C, já nomeado contratualmente pelas partes, será responsável pelo arbitramento do equivalente em dinheiro à prestação.

Nesse cenário, o credor A se compromete a entregar ao devedor B um automóvel X; o devedor B, a seu turno, se compromete a entregar ao credor A um quadro raro Y, bastante antigo, de autoria de famoso pintor já falecido. Caracterizado o inadimplemento absoluto, por parte do devedor B, o terceiro, especialista em obras de arte raras, será notificado para definir o valor equivalente ao quadro Y.

À luz do comportamento cooperativo e solidário que, como exposto ao longo deste estudo, deve nortear as relações contratuais, o terceiro também deve permitir – e até mesmo fomentar – a participação direta dos contratantes na definição do equivalente em dinheiro, seja convocando-os para os procedimentos, seja dando-lhes ciência a cada evolução no trabalho. Assim, uma vez definido o valor equivalente, dar-se-á ciência aos contratantes acerca do numerário e de todos os fundamentos e elementos utilizados para a definição, apresentando-se, ainda, o respectivo estudo, devidamente documentado em laudo, o qual passará a integrar os termos do contrato.

Poderá, assim, o credor A, pleitear, na sede própria, o cumprimento da prestação pelo equivalente em dinheiro ao quadro Y, em face do devedor B. Também poderá, o credor A, pleitear a resolução do vínculo contratual em face do devedor B, de tal maneira que, caso

²⁸¹ Para Renan Lotufo, “na troca, os bens representam tanto o objeto como o preço”, reconhecendo, ainda, que “não há preço propriamente dito, mas correspectividade sem preço” (LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: contratos em geral até doação* (arts. 421 a 564), v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 275, t. I).

²⁸² Nesse sentido: “Em relação ao objeto, qualquer coisa que está no mercado, ou seja, sobre a qual não recaia cláusula de inalienabilidade, pode ser permutada. Nesse sentido, são passíveis de troca as coisas fungíveis (exceto o dinheiro, sob pena de restar configurada a compra e venda), infungíveis, corpóreas ou incorpóreas. Todavia, é essencial para a configuração do contrato que ambas as partes se obriguem a dar coisa (...)” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 193).

²⁸³ “Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda (...)”.

tenha efetuado a sua prestação, entregando ao devedor B o automóvel X, caberá a este o dever de restituir o referido bem ao credor A. Veja que a existência de um equivalente em dinheiro fixado pelo terceiro especialista não obrigará o credor A a se valer do cumprimento pelo equivalente. Não obstante, a mera discordância do devedor B, com o valor arbitrado pelo terceiro C, não pode obstar que o credor A se valha de medidas para pleitear o cumprimento pelo equivalente.

O que se quer dizer é que, em aspecto geral, ainda que idônea e fundamentada a insurgência do devedor a respeito do equivalente em dinheiro definido pelo terceiro nomeado pelas partes, a sua insurgência unilateral não poderá representar um fator de mitigação do direito do credor de obter, pelas vias próprias, acesso ao remédio da execução pelo equivalente, sendo, para os fins contratuais, o valor equivalente aquele definido pelo terceiro nomeado.

Caso tenha, o devedor B, fundamentos para sustentar a sua discordância em relação ao valor alcançado, seja a título formal ou material, a sua insurgência deverá ser endereçada na sede própria – via judicial ou por meio de procedimento arbitral – e por meio do instrumento adequado – ação ou defesa.²⁸⁴

Poderá, o devedor, nesse sentido, suscitar – devendo provar efetivamente –, por exemplo, entre outras questões: (i) que o terceiro nomeado por ambas as partes, na verdade, não possui expertise na área do objeto do contrato, o que não teria sido possível apurar originalmente; (ii) que não lhe foi permitido participar da definição do equivalente em dinheiro, cabendo-lhe demonstrar, assim, em que medida a sua participação teria sido relevante para a definição de um valor diverso, ou em que medida o fato de apenas o credor ter podido participar da fixação do equivalente teria sido relevante para alcançar o valor apresentado; (iii) que o valor apurado pelo terceiro não representa, de fato, o valor de mercado da coisa, caracterizando-se, assim, desequilíbrio contratual flagrante e rompimento do sinalagma; (iv) a arbitrariedade do responsável pela definição do equivalente em dinheiro. Esse rol é exemplificativo.

Em qualquer circunstância, o controle valorativo deverá respeitar a paridade de armas e o indispensável atendimento a um montante capaz de, de fato, representar o valor de mercado da prestação, sendo essa a finalidade da nomeação do terceiro pela via contratual,

²⁸⁴ Nesse sentido, também por analogia: “Pondere-se, todavia, que só em casos excepcionais, de flagrante arbitrariedade do terceiro escolhido, terá cabimento a reclamação. Em havendo manifesta injustiça, seja por má-fé, seja por inexperiência do arbitrador, como a arbitrariedade não pode prevalecer, assiste ao interessado recurso ao juiz. E esse recurso só pode ser a ação” (ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 42).

assim se estabelecendo o sinalagma contratual. De fato, a fixação do valor pelo terceiro se dá, justamente, com a finalidade de que as partes possam, diante da especificidade de mercado, ter segurança quanto ao valor do objeto prestacional.

Assim, por exemplo, a análise realizada por outros profissionais igualmente gabaritados, que alcance numérico claramente díspar, poderá dar indícios de um desvirtuamento concreto no valor alcançado pelo terceiro eleito contratualmente para definir o valor equivalente. Essa matéria será analisada pelo árbitro ou pelo juiz, a fim de que o valor equivalente possa, de fato, representar a expressão mercadológica do bem que figura como objeto da relação jurídica entabulada.

Ora, o que se busca com a nomeação do terceiro não é a sobreposição de um contratante ao outro. A equação econômico-individual, sob essa perspectiva, terá considerado a gestão negativa de riscos atinentes à álea normal do contrato realizada pelas partes, definindo a participação de um terceiro na quantificação do equivalente em dinheiro para que seja possível estabelecer um valor que represente a perspectiva mercadológica daquele objeto prestacional, sem que credor e devedor fiquem sujeitos a um valor a esmo, incapaz de retratar a realidade.

Uma vez se transformando, o arbitramento desse valor, em fator de quebra do sinalagma contratual e do equilíbrio prestacional, caberá a qualquer dos contratantes o questionamento. Mas, como mencionado, a despeito da relevância da matéria, esta deverá ser endereçada na via própria, de maneira fundamentada e com base em robustos elementos de prova.

Como instrumento de segurança, buscando evitar situações dessa natureza, as partes podem estabelecer, por exemplo, uma espécie de análise sucessiva ou atuação conjunta de *experts* para apreciação do valor equivalente. No primeiro caso, pode-se afirmar que, discordando, um dos contratantes, do valor fixado, deverá ser realizada nova análise por outro terceiro – já nomeado ou a ser eleito pelas partes. No segundo caso, pode-se definir contratualmente um painel, composto por mais de um avaliador, com elaboração de laudos distintos, a fim de se apurar uma média de mercado, diluindo, assim, riscos de qualquer deslize em uma avaliação unipessoal. Trata-se de uma singela sugestão.

A bem dizer, a autonomia privada e a liberdade contratual permitem aos contratantes certa margem de manobra para adequar os instrumentos legais e econômicos à equação econômico-individual pactuada e aos elementos relevantes que a tangenciam, permitindo que o contrato figure como verdadeiro instrumento de promoção das garantias individuais perante o mercado, operacionalizando o seu viés econômico pela via jurídica.

De mais a mais, no que concerne à data que deve figurar como parâmetro para definição do equivalente em dinheiro, as partes podem defini-la contratualmente, no exercício pleno de sua autonomia privada.²⁸⁵ No entanto, entende-se que, no silêncio, em aspecto geral, há de se considerar, para apuração do equivalente em dinheiro ao objeto prestacional, a data na qual este deveria ingressar no patrimônio do credor, notadamente, a data do inadimplemento.

É essa a primeira proposta para definição do equivalente em dinheiro à prestação inadimplida, tendo por base, genericamente, o parâmetro do art. 485 do Código Civil, o qual, à luz do exposto, deverá se adequar, pela atuação das partes no contrato, tendo por base a autonomia privada, à apuração do valor equivalente. E o mesmo ocorre com o critério previsto no art. 486 do Código Civil, como se passa a expor.

3.1.1.2.2 Taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar

Existe a possibilidade, tendo por base o disposto no enunciado normativo do art. 486 do Código Civil, de o equivalente em dinheiro vir a ser fixado por meio de uma “taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar”, a depender, logicamente, da natureza do objeto prestacional convencionado.

Caso o objeto prestacional da relação contratual avençada integre determinado nicho mercadológico padronizado por fatores e critérios de mercado postos de maneira objetiva, por meio de taxas ou parâmetros de bolsa, em ambiente nacional ou internacional, nada impede que os contratantes estabeleçam como elemento-base para fixação do valor equivalente os próprios parâmetros objetivos desse mercado, no momento da conclusão do contrato, para sua implementação quando e se vier a se caracterizar o suporte fático do inadimplemento absoluto.

O equivalente em dinheiro, dessa maneira, corresponderá àquele vinculado ao parâmetro mercadológico relacionado ao objeto prestacional “em certo e determinado dia e

²⁸⁵ Na lição de Carvalho Santos, que se aplica à definição do preço por um terceiro, cabendo a adaptação funcional sugerida nos termos deste estudo, para que se interprete a questão com base no valor equivalente à prestação e não propriamente tendo por base o preço, à luz da autonomia privada: "Realmente, podem as partes convencionar que o terceiro deverá fixar o valor da coisa em determinado momento, como, por exemplo, o da data em que celebraram o contrato, ou da tradição, ou outra qualquer, sendo certo que, em casos tais, tendo em vista esse elemento é que o terceiro deverá fazer a determinação do preço" (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: direito das obrigações* (Arts. 1.122-1.187), v. XVI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 27).

lugar”, nos termos legais, cabendo às partes definir, no exercício de sua autonomia privada e de sua liberdade contratual, qual será: o parâmetro de mercado, o recorte temporal para a quantificação do valor equivalente e a que local esse critério corresponderá.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de ações negociadas no Brasil via “B3” (antiga BM&F Bovespa), cotadas em bolsa de valores no mercado secundário.²⁸⁶ O valor das ações, como sói ocorrer, depende de fatores políticos e econômicos, comuns nesse nicho de mercado, no qual a oscilação dos valores mobiliários é ínsita à própria natureza do negócio. As partes podem, nesse cenário, estabelecer como critério para fixação do equivalente em dinheiro a variação do valor da ação na data do inadimplemento absoluto – ou convencionar data diversa: por exemplo, a data do pagamento efetivo pelo devedor, quando ocorrer –, tendo por base o valor das ações no mercado secundário da B3, delimitando, assim, parâmetro, tempo e espaço (local).²⁸⁷

Para facilitar a exposição, colhe-se um exemplo: considere-se que um credor A tenha firmado com o devedor B um contrato de compra e venda de ações referentes a uma determinada sociedade C, com tipologia de Sociedade Anônima e capital aberto, listada na B3, pelo preço X, a ser entregue na data Y. Neste exemplo, consta em contrato cláusula específica, determinando que, eventualmente vindo a ser caracterizado o inadimplemento absoluto, o equivalente em dinheiro às ações deverá corresponder à cotação das ações na B3, na data do inadimplemento (na qual deveria ter sido cumprida a prestação).

Tenha-se em mente, ainda, que, na data Y, o devedor B desiste de realizar a transferência das ações a favor do credor A, apenas pelo fato de o valor das ações da sociedade C, objeto do negócio, ter subido mais do que esperava o devedor B, com o repentino soerguimento da atividade da aludida sociedade C, de tal modo que a estratégia de desinvestimento, que teria incentivado a venda, não mais se faria necessária.

Do lado do credor A, diante do não cumprimento da prestação na data pactuada e do comportamento dos valores mobiliários daquele momento em diante, tendo por base a

²⁸⁶ Consulta disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/renda-variavel/empresas-listadas.htm. Acesso em 27. Mar. 2022.

²⁸⁷ Fazendo alusão à lição de Carvalho Santos, com as ressalvas a respeito das premissas levantadas neste estudo a respeito da utilização da taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar, não para definição do preço, mas como meio para definição do valor equivalente, diante de eventual caracterização do inadimplemento absoluto, tal metodologia é reconhecida por ter “a vantagem de afastar as controvérsias das partes sobre o preço, porque, convencionando atender ao preço do mercado ou da bolsa, não poderão formular nenhuma objeção a uma cotação oficial, sob a alegação de que não correspondem ao equitativo valor da coisa. Isso porque em nenhum lugar se poderá aferir melhor esse valor do que na bolsa ou no mercado, e ainda porque os contraentes expressamente se submeteram a esse modo de determinação do preço” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: direito das obrigações* (Arts. 1.122-1.187), v. XVI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 32).

motivação eminentemente mercadológica na aquisição das ações, pode-se afirmar que o seu interesse útil foi frustrado integralmente e em definitivo.

Assim, estará caracterizado o suporte fático do inadimplemento absoluto, de modo que poderá, o credor A, nos termos avençados, promover o cumprimento da prestação pelo seu equivalente em dinheiro, na sede própria, tendo por base o valor das ações no mercado secundário da B3 no dia do inadimplemento, sem prejuízo das perdas e danos pelo interesse positivo.

Havendo certeza quanto ao débito, quanto à liquidez e quanto à exigibilidade, diante do inadimplemento absoluto caracterizado, poderá, o credor, com mais segurança, inclusive, deflagrar o cumprimento pelo equivalente pela via própria, quiçá, por meio de procedimento de execução por quantia certa.

Ao firmar contrato dessa natureza, o devedor reconhece o risco a que se sujeitaria na hipótese de vir a inadimplir a obrigação avençada. Caso tenha se definido contratualmente que o equivalente em dinheiro às ações deve corresponder àquele referente à data do inadimplemento, mesmo existindo variação considerável entre o preço firmado (na conclusão do contrato) e o valor equivalente (correspondente ao momento de inauguração do momento patológico da relação jurídica), favorável ao credor, por ser essa oscilação ínsita ao próprio objeto contratual e ao mercado, não há de se falar, em um primeiro momento, nem mesmo em enriquecimento sem causa ou desequilíbrio contratual.

Fato é que o contrato, ao definir como parâmetro de definição do equivalente em dinheiro a data prevista para o cumprimento da prestação, com a transferência das ações, terá buscado definir o equivalente no momento em que os valores mobiliários deveriam passar a integrar o patrimônio do credor.

No mais, ainda tendo por base o exemplo apresentado, caso o credor A já tenha efetuado o pagamento do preço, advindo o inadimplemento absoluto do devedor B, e tendo as ações oscilado em valor negativo, é aconselhável a escolha pelo remédio da resolução, pois, assim, fará jus, o credor A, ao preço pago, que é superior ao valor de mercado na data do inadimplemento, somado a uma eventual indenização a título de perdas e danos pelo interesse negativo. É bastante estratégica a escolha do remédio contratual pelo credor, para que possa ter acesso à solução mais consentânea com os seus interesses. Daí a importância de se estabelecer de plano meios e parâmetros específicos para a quantificação do valor equivalente, em futura e eventual hipótese de inadimplemento absoluto.

Existindo eventual oscilação na própria data estabelecida para definição do valor equivalente, o valor médio da oscilação do dia será devido ao credor, pelo devedor. Trata-se da aplicação também analógica do art. 488, parágrafo único, do Código Civil.²⁸⁸

Outro exemplo bastante relevante nesse contexto é a compra e venda de *commodities* a termo. Algumas *commodities* são comercializadas com parâmetros na própria B3, notadamente: açúcar cristal, boi gordo, café arábica 4/5, café arábica 6/7, etanol anidro, etanol hidratado, milho, ouro e soja.²⁸⁹ A dinâmica proposta em contratos de compra e venda de *commodity* a termo é bastante similar à proposta para as ações de determinada sociedade, exemplo já apresentado acima.

Definindo, as partes, que, eventualmente se caracterizando o suporte fático do inadimplemento absoluto, deixando o produtor-devedor de realizar a entrega no termo ajustado, por ter vendido a produção para um terceiro, caberá a ele efetuar o pagamento com base no equivalente em dinheiro, na data em que a entrega dos produtos deveria ter ocorrido, notadamente, na data do inadimplemento, tendo por base, caso assim seja ajustado contratualmente, os parâmetros da B3, na data do inadimplemento, nos termos do art. 486 do Código Civil.²⁹⁰

Outra aplicação da dinâmica normativa prevista no art. 486 do Código Civil para definição do equivalente em dinheiro, mais singela e cotidiana, pode se dar com base no parâmetro mercadológico básico para definição do valor de veículos automotores seminovos,

²⁸⁸ “Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio”.

²⁸⁹ Nesse sentido, ver: https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/commodities/. Acesso em 27. Mar. 2022.

²⁹⁰ Em situação envolvendo a aplicação do art. 486 do Código Civil na abordagem do “preço” – com as ressalvas de que, neste estudo, o aludido enunciado normativo está sendo utilizado como base para aplicação de parâmetros de bolsa de mercado para definição do valor equivalente, e não do preço do negócio –, decidiu-se sobre as alterações na cotação do metal zinco, na Bolsa de Metais de Londres, afastando-se a alegação de abusividade, violação à boa-fé ou imprevisibilidade. Nesse sentido, trecho da decisão monocrática em questão: “Ora, o contrato entabulado entre as partes, portanto, estava mesmo sujeito às alterações da cotação do valor do zinco de modo que inexistente abusividade ou violação à boa-fé contratual, inexistindo ‘surpresa imprevisível’ à Apelante Comega. (...) Isso porque, à vista de não restar comprovado o exato valor da prestação dos serviços – o contrato foi celebrado verbalmente e as testemunhas ouvidas pelo Juízo em nada contribuíram para elucidar a questão 98/112 –, é certo que a adoção dos critérios vinculados à cotação do zinco junto à Bolsa de Metais de Londres é insita ao contrato em questão, de modo que aplicável o teor do artigo 486 do Código Civil”. Enfatizou-se, ainda, quanto ao acórdão recorrido, que: “o eg. TJ-SP, soberano na análise das provas carreadas aos autos, assentou em sentido contrário ao afirmado pelo recorrente, sob os seguintes fundamentos: (i) não é possível concluir que o preço unitário contratado foi de R\$ 1,10, mas sim R\$ 1,43, conforme nota fiscal acostada aos autos; (ii) a variação do preço é inerente ao contrato, de modo que inexistente mudança imprevisível dos preços; (iii) não seria necessária concordância prévia, pois COMEGA tinha ciência das condições avençadas no momento em que firmou o contrato; (iv) que em determinado momento houve diminuição dos valores inicialmente contratados” (STJ, 5ª T., AREsp 728.765/SP, Rel. Min. Lázaro Guimarães, julg. 11.10.2017).

lastreado em tabela elaborada pela “Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE”²⁹¹, reconhecida pelo mercado como “Tabela FIPE”, a qual, entre outros estudos, delimita valores de veículos de acordo com a perspectiva de mercado, “como um parâmetro para negociações ou avaliações”.²⁹²

É dizer: as partes também podem, em um contrato tendo como objeto prestacional a entrega de um veículo automotor seminovo, definir o modelo do veículo, a marca, o ano de referência, e estabelecer que o equivalente em dinheiro considerará o valor estabelecido pela “Tabela FIPE” para determinado mês de referência, relacionado, por exemplo, à data do inadimplemento absoluto.

Considere-se, a título de exemplo, que o credor A tenha firmado com o devedor B um contrato de permuta. Caberá ao devedor B entregar um veículo seminovo da marca K, modelo Y, ano 2012; ao credor A, a seu turno, caberá entregar ao devedor B cinco unidades de um modelo de videogame de última geração, os quais não possuem qualquer utilidade para o credor A. Convencionou-se que o devedor B entregaria o automóvel na residência do credor A no dia X. Leve-se em conta, ainda, que as partes tenham firmado em contrato que, em hipótese de inadimplemento absoluto, o valor do veículo seria estabelecido com base no valor da “Tabela FIPE” no mês de referência correspondente ao dia previsto para a entrega do automóvel.

Com esse pano de fundo, considere-se que o devedor B tenha decidido ficar com o automóvel, desistindo da venda, não existindo cláusula de arrependimento no instrumento contratual. Trata-se de contexto em que está caracterizado o suporte fático do inadimplemento absoluto. E para a apuração do equivalente em dinheiro, haverá de se remeter ao mês referente à data em que deveria ter sido entregue o veículo automotor, com base na “Tabela FIPE”. Será esse, portanto, o valor devido pelo devedor B ao credor A.

É relevante dispor que o valor apresentado pela “Tabela FIPE” poderá ser superior ou inferior ao montante originalmente pactuado. Essa tabela representa a dinâmica desse nicho

²⁹¹ Nesse sentido, a: “Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe é uma organização de direito privado, sem fins lucrativos, criada em 1973. Entre seus objetivos está o apoio a instituições de ensino e pesquisa, públicas ou privadas, em especial o Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP). Possui, hoje, destacada atuação nas áreas de ensino, projetos, pesquisa e desenvolvimento de indicadores econômicos e financeiros”. Definição disponível em: <<https://www.fipe.org.br/pt-br/institucional/sobre-a-fipe/>>. Acesso em 13. fev. 2022.

²⁹² No sítio eletrônico, ao acessar a tabela referente ao “preço médio de veículos”, encontra-se a seguinte informação: “A Tabela Fipe expressa preços médios de veículos anunciados pelos vendedores, no mercado nacional, servindo apenas como um parâmetro para negociações ou avaliações. Os preços efetivamente praticados variam em função da região, conservação, cor, acessórios ou qualquer outro fator que possa influenciar as condições de oferta e procura por um veículo específico”. Disponível em: <<https://veiculos.fipe.org.br/>>. Acesso em 13. fev. 2022.

de mercado, sujeitando-se, portanto, a diversos fatores que podem fazer com que o valor do veículo automotor seja valorizado ou depreciado ao longo do tempo; tudo a depender de fatores conjunturais da economia nacional e do ramo específico de comercialização de carros.

Dessa maneira, decidindo, o credor A, pelo remédio contratual da execução pelo equivalente, deverá ele efetuar sua prestação, ou seja, entregar ao devedor B, oportunamente, as cinco unidades de videogames de última geração, para que, então, possa receber o valor equivalente.

Caso, no entanto, pela variação da “Tabela FIPE”, o valor das cinco unidades de videogame seja superior ao valor equivalente, correspondente à data do inadimplemento absoluto, poderá o credor A pleitear a resolução do contrato na sede própria – a depender da previsão de cláusula resolutiva expressa ou tácita, nos termos contratuais –, logrando a devolução das cinco unidades de videogame, caso as tenha prestado, ou se liberando da relação jurídica e de seu dever de prestar.

Veja-se que, como exposto, a previsão de critérios e parâmetros de mercado, nos termos do art. 486 do Código Civil, destinados à definição do equivalente em dinheiro, é instrumento relevante, inclusive, para que possa definir, o credor, o remédio contratual mais benéfico diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, notadamente, se a execução pelo equivalente ou a resolução.

Na hipótese vertente, por estar parametrizado o equivalente em dinheiro com base em um critério objetivo e amplamente utilizado (a “Tabela FIPE”), poderá, o credor, inclusive, ao receber o valor equivalente, valer-se desse montante para obter bem da vida similar àquele que, originalmente, integrava o seu interesse útil no curso da relação contratual, mas não lhe foi entregue pelo devedor.

A “Tabela FIPE”, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é “comumente utilizada para pesquisa do preço médio de veículos e serve como balizador de valores dos veículos automotores terrestres, considerando, inclusive, os diversos fatores de depreciação existentes”.²⁹³ A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem dando guarida à utilização desse parâmetro para fixação de valores relacionados a veículos automotores em demandas variadas, reconhecendo que “referida tabela [a “Tabela Fipe”] é a indicadora que melhor representa o preço da média de veículos no mercado nacional”, inclusive, para fins de liquidação.²⁹⁴

²⁹³ STJ, 3ª T., REsp 1.742.897/PR, Rel. Min. Nancy Andriahi, julg. 08.09.2020.

²⁹⁴ TJRJ, 27ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0038192-65.2021.8.19.0000, Rel. Des. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, julg. 26.08.2021. Na mesma linha, a título ilustrativo: TJRJ, 27ª Câmara Cível,

Também é possível, portanto, com a ressalva da analogia funcional e à luz da autonomia privada, que as partes contratantes se utilizem do parâmetro previsto no art. 486 do Código Civil, não para fixação do preço, mas para definição do equivalente em dinheiro correspondente ao objeto prestacional avençado (que pode ou não ser igual ao preço), para que, em caso de caracterização do suporte fático do inadimplemento, possa lograr uma definição do equivalente de maneira mais técnica e segura.

3.1.1.2.3 Índices e parâmetros

É possível modelar o equivalente em dinheiro tendo por base o critério indicado no art. 487 do Código Civil, notadamente, valendo-se, os contratantes, “de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação”. A propósito, o entendimento apresentado neste capítulo, acerca da incidência da correção monetária e dos juros moratórios sobre o equivalente em dinheiro, complementa os critérios apresentados no capítulo 3.1.3 deste estudo.

O enunciado normativo do art. 487 do Código Civil não traduz propriamente uma norma de definição/fixação de valores, mas sim, de atualização monetária por índices de preço.²⁹⁵ Desse modo, para que os contratantes possam definir o índice de atualização monetária que norteará o equivalente em dinheiro após a sua conversão, há de se atender, ainda, à dinâmica normativa do ordenamento jurídico brasileiro a respeito.²⁹⁶

O que se busca com uma pactuação nesse sentido é, na verdade, preservar um *minus* correspondente ao poder de compra da moeda nacional, em um cenário constante de inflação, tendo por base o valor do objeto prestacional já convertido em pecúnia.²⁹⁷ Tal avença gera segurança jurídica e previsibilidade econômica, acompanhando a jurisprudência nacional, que

Apelação 0007508-74.2015.8.19.0031, Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro, julg. 11.11.2021. TJRJ, 25ª Câmara Cível, Apelação 0047739-72.2016.8.19.0205, Rel. JDS. Isabela Pessanha Chagas, julg. 05.05.2021; TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação 0043089-61.2011.8.19.0203, Rel. Des. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco, julg. 20.05.2021; TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação 0102991-28.2016.8.19.0054, Rel. Des. Maria Helena Pinto Machado, julg. 27.11.2019.

²⁹⁵ Em relação aos índices de preço, ver: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/indicepreco>. Acesso em 06. mar. 2022.

²⁹⁶ Para um breve histórico sobre a política da correção monetária no Brasil, permita-se remeter a: JANSEN, Letácio. *A face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 103-109.

²⁹⁷ Nesse sentido, reconhecendo ser “remansoso nesta Corte Superior que a correção monetária nada acrescenta e tão-somente preserva o valor da moeda aviltada pelo processo inflacionário, não constituindo um *plus*, mas sim um *minus*, tem-se por legítima e necessária a sua correta apuração” (STJ, 5ª T., REsp 313.853/PI, Rel. Min. Jorge Scartezini, julg. 25.11.2003).

reconhece ser devida a correção monetária caso não seja afastada contratualmente.²⁹⁸ Nesse caso, se estará a admiti-la expressamente e a propor uma modelagem de acordo com o interesse das partes contratantes. E o termo inicial para contabilização da aplicação deste índice, em regra, deverá ser a data do inadimplemento propriamente dita.

A estipulação contratual tem a finalidade de permitir que, de comum acordo, possa se alcançar um índice específico, que atenda à equação econômico-individual entabulada. Não definido um parâmetro de correção monetária, deixando-se a matéria ao alvedrio, os contratantes sujeitar-se-ão, oportunamente, aos critérios objetivos de correção monetária aplicados genericamente por cada Tribunal, em caso de judicialização para obtenção do valor equivalente.

Para a definição de critérios de correção monetária, devem as partes sujeitar-se à norma legal. De fato, é relevante ter em mente que não admite, o ordenamento jurídico brasileiro, a definição de parâmetros a esmo ou baseados em todo e qualquer elemento. Cabe, nesse sentido, uma bastante breve e pontual digressão normativa.

A Lei nº. 9.069/95, em seu art. 27, previa que “em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de *obrigação pecuniária* contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r - IPC-r”, reconhecendo sem efeito qualquer estipulação de índice pelas partes em sentido contrário (art. 27, §2º).

A Lei nº. 10.192/2001, que “dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências”, extinguiu, nos termos de seu art. 8º, o IPC-r. Determinou-se, assim, que, a partir de 1º de julho de 1995, contratos com pactuação de reajuste pelo IPC-r passariam a ser reajustados pelo índice previsto contratualmente (art. 8º, §1º). Dispôs-se, ainda, que, na ausência de índice de preços substitutivo e de previsão contratual entre as partes, “deverá ser utilizada média de índices de preços de abrangência nacional, na forma de regulamentação a ser baixada pelo Poder Executivo” (art. 8º, §2º).

²⁹⁸ Nessa toada: “não se entende atualmente como necessária a existência nos contratos de cláusula de atualização, por ser ela automática, independente da vontade das partes, que podem, no entanto, pactuar pela não-incidência. Contudo, no silêncio, entende-se como passível a atualização, considerada como expressão atualizada da moeda” (STJ, 2ª T., REsp 573.101/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 12.05.2005). Em sentido similar: “em tempos de inflação, se não pode admitir o adimplemento tardio da obrigação contratual sem a devida atualização monetária, que representa a simples recomposição do valor da moeda, mesmo que não haja previsão contratual, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do contratante. Somente quando houver quitação rasa, inviabiliza-se a incidência da correção, o que *in casu* não se deu” (STJ, 2ª T., REsp 258.010/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 08.04.2003). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp 536.055/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 07.10.2004; STJ, 1ª T., REsp 318.351/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 20.09.2001.

A norma legal passou a admitir a possibilidade de as partes definirem, contratualmente, o índice de correção monetária, por sua própria conta, sem qualquer obrigação de seguir um índice previamente definido pela norma legal, tal qual originalmente proposto nos termos da Lei nº. 9.069/95. No entanto, a definição do indexador não pode ser estabelecida com base na plena e absoluta liberalidade das partes.

Prepondera, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do nominalismo,²⁹⁹ nos termos do art. 315 do Código Civil, do qual se extrai que “as dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal”, reforçado, na temática deste estudo, pelo já mencionado art. 947 do Código Civil, que dispõe que, não cumprida “a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. No mais, a norma legal é clara ao determinar, nos termos do art. 318 do Código Civil, serem “nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional”, ressalvando que devem ser “excetuados os casos previstos na legislação especial”.

O Decreto-Lei nº. 857/69, que “consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil”, dispõe, em seu art. 1º, que “são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro”.

No mesmo sentido, a já mencionada Lei nº. 10.192/2001, em seu art. 1º, parágrafo único, inciso I, assevera que “as estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis em território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal”, sendo “vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira”, ressalvando-se “o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei no 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei no 8.880, de 27 de maio de 1994”.

É dizer: em regra, a indexação de dívidas em dinheiro com base em ouro ou em moeda estrangeira é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, existem exceções, previstas no próprio Decreto-Lei nº. 857/96 e na Lei nº. 8.880/94.

²⁹⁹ Para Washington de Barros Monteiro: “O *nominalismo* (de *nominas, nomos*) rege todas as obrigações que tenham por objeto o pagamento de uma soma em dinheiro. Em virtude desse princípio sustentado outrora por Aristóteles e que, no dizer de Colagrosso, corresponde à exigência racional da vida econômica, se considera como valor da moeda o valor nominal que lhe atribui o Estado, no ato de emissão ou da cunhagem (*non ipsa est matéria sed valor impositus*)” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v.4, 1ª parte, 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 71-72).

Nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº. 857/69, permite-se a indexação da prestação ao ouro e à moeda estrangeira em: “contratos e títulos referentes à importação ou exportação de mercadorias” (inciso I); “contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior” (inciso II); “contratos de compra e venda de câmbio em geral” (inciso III); “empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional” (inciso IV); “contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país” (inciso V); e “contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira”, sujeitos a “registro prévio no Banco Central do Brasil” (parágrafo único).

Na mesma toada, o art. 6º da Lei nº. 8.880/94 dispõe ser “nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal”, como nas hipóteses aventadas acima, “e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior”.

Esse é, em resumo, o quadro normativo vigente no Brasil até o fim do ano de 2022, a respeito da possibilidade de utilização de indexadores para correção monetária da obrigação contratualmente avençada, incluindo índices relacionados ao ouro e à moeda estrangeira. Fato é que, com a promulgação da Lei nº. 14.286/2021, nos termos de seu art. 28, incisos XIV e XXVI, a partir do ano de 2023, o Decreto-Lei nº. 857/69, acima mencionado, será integralmente revogado, assim como o art. 6º da Lei nº. 8.880/94, também citada.

A Lei nº. 14.286/2021, que entrará em vigor no ano de 2023, apresenta, em seu art. 13, incisos I a IX,³⁰⁰ as situações nas quais se passa a admitir “a estipulação de pagamento em moeda estrangeira de obrigações exequíveis no território nacional”, enfatizando, em seu

³⁰⁰ “Art. 13. A estipulação de pagamento em moeda estrangeira de obrigações exequíveis no território nacional é admitida nas seguintes situações: I - nos contratos e nos títulos referentes ao comércio exterior de bens e serviços, ao seu financiamento e às suas garantias; II - nas obrigações cujo credor ou devedor seja não residente, incluídas as decorrentes de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, exceto nos contratos de locação de imóveis situados no território nacional; III - nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre residentes, com base em captação de recursos provenientes do exterior; IV - na cessão, na transferência, na delegação, na assunção ou na modificação das obrigações referidas nos incisos I, II e III do caput deste artigo, inclusive se as partes envolvidas forem residentes; V - na compra e venda de moeda estrangeira; VI - na exportação indireta de que trata a Lei nº 9.529, de 10 de dezembro de 1997; VII - nos contratos celebrados por exportadores em que a contraparte seja concessionária, permissionária, autorizatória ou arrendatária nos setores de infraestrutura; VIII - nas situações previstas na regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional, quando a estipulação em moeda estrangeira puder mitigar o risco cambial ou ampliar a eficiência do negócio; IX - em outras situações previstas na legislação.”

parágrafo único, que “a estipulação de pagamento em moeda estrangeira feita em desacordo com o disposto neste artigo é nula de pleno direito”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito já vem reconhecendo, a título complementar, que, “quando não enquadradas nas exceções legais, as dívidas fixadas em moeda estrangeira deverão, no ato de quitação, ser convertidas para a moeda nacional, com base na cotação da data da contratação, e, a partir daí, atualizadas com base em índice oficial de correção monetária”,³⁰¹ reconhecendo, portanto, a legalidade de contratos celebrados tendo moedas estrangeiras como indexadoras, desde que o pagamento se efetive em moeda nacional.³⁰²

Eventual contrato que tenha se lastreado em moeda estrangeira, há, portanto, de ser convertido em moeda nacional, na data da contratação e, a partir de então, deverá ser corrigido monetariamente pelo índice eleito pelas partes. Definido o valor na data em que a obrigação deveria ter sido cumprida, não sendo adimplida a obrigação, passará a incidir nova correção sobre o valor, nos termos contratuais.³⁰³

Também não se admite, no ordenamento jurídico brasileiro, a indexação contratual, ou de qualquer outro instrumento ou para qualquer outro fim, com base no salário-mínimo, nos termos do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.³⁰⁴

A norma legal também limita a periodicidade da atualização monetária baseada em índices. A Lei nº. 9.069/95 já dispunha, em seu art. 28, §1º, ser “nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano”. No mesmo sentido, a Lei nº. 10.192/2001, em seu art. 2º, §1º, dispõe ser “nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano”. Portanto, a periodicidade da aplicação da correção monetária deve ser anual.³⁰⁵

³⁰¹ STJ, 3ª T., REsp 1.803.803/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 09.11.2021.

³⁰² STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1.711.772/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 30.08.2021.

³⁰³ É o que já dispôs o Superior Tribunal de Justiça: “(...) As dívidas fixadas em moeda estrangeira deverão, no ato de quitação, ser convertidas para a moeda nacional, com base na cotação da data da contratação, e, a partir daí, atualizadas com base em índice oficial de correção monetária. Precedentes. 3. Nos casos em que a dívida é líquida e com vencimento certo, os juros de mora e a correção monetária devem incidir desde o vencimento da obrigação, mesmo nos casos de responsabilidade contratual. 4. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 1.286.770/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 24.09.2019).

³⁰⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)”.

³⁰⁵ Nesse sentido: “(...) O Superior Tribunal de Justiça entende que, embora a correção monetária não seja um *plus*, mas mero instrumento de recomposição da desvalorização da moeda, é incabível sua observância nos contratos com periodicidade inferior a 1 (um) ano, desde a implantação do Real, por força do art. 28 da Lei nº 9.069/1995 (...)” (STJ, 3ª T., EDcl no AgRg no Ag 1.347.640/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 26.04.2016). Na mesma linha: “(...) aos contratos celebrados após 1º de julho de 1994 só se aplica a atualização

Entende-se ser possível, adotando a dinâmica normativa prevista no art. 487 do Código Civil, a gestão negativa de riscos da álea normal do contrato, pelas partes, para que definam o índice de correção monetária que irá incidir sobre o equivalente em dinheiro referente à prestação obrigacional frustrada, com o eventual advento do suporte fático do inadimplemento absoluto, desde que respeitadas as vedações e permissões legais, à luz de índices legalmente autorizados e dentro da periodicidade anual.

Ao fazer, o credor, a escolha pelo equivalente em dinheiro, a dívida passará a ser exigida em seu respectivo valor monetário, tratando-se, portanto, dívida em dinheiro, à qual poderá ser aplicado um índice convencionado pelas partes, para fins de correção monetária.

A partir da data do inadimplemento, o objeto prestacional, na escolha do credor pelo equivalente em dinheiro, ainda que *a posteriori*, já não mais poderá se pautar na valorização ou desvalorização do bem da vida originalmente avençado. E para atenuar o rigor do tempo pelo qual o credor se verá desprovido do numerário equivalente, há de se aplicar a correção monetária, típica de dívidas a serem quitadas em pecúnia.

Independentemente do meio utilizado para fixação do equivalente em dinheiro (se pré-fixado pelas partes em contrato: se arbitrado por terceiro, se vinculado à bolsa, se apurado de comum acordo em momento posterior à caracterização do inadimplemento absoluto, ou se apurado judicialmente), o termo inicial para aplicação do fator de correção monetária deve se dar com base na data do inadimplemento (considerando-se a efetiva constituição em mora do devedor, seja ela *ex re* ou *ex persona*, como já exposto), momento no qual o bem *in natura* deveria ter ingressado no patrimônio do credor, e a partir do qual a dívida passa a ter natureza de dívida em dinheiro, exposta aos efeitos deletérios do tempo, aos quais, notoriamente, não pode se sujeitar o credor já vitimado pela inexecução da prestação.

Quanto aos juros atinentes à demora no pagamento do equivalente, dois cenários podem ser observados: (i) devem ser contabilizados também a partir da data do inadimplemento (cabendo o adendo a respeito da constituição em mora, seja ela *ex re* ou *ex persona*, sujeitando-se, no segundo caso, na ausência de interpelação do devedor, à regra do art. 405³⁰⁶ do Código Civil), eis que descumprida prestação *in natura*, que será apenas convertida no seu equivalente em dinheiro; ou (ii) devem ser aplicados no momento de sua definição, tendo por base o disposto no art. 407 do Código Civil, do qual se extrai que

monetária após 1 (um) ano da vigência do pacto (...) (STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1.956.417/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 13.12.2021); “Plano Real. Correção monetária. Período anual. A obrigação pecuniária contratada depois de 1º de julho de 1994 somente pode ser corrigida com periodicidade anual. Arts. 27 e 28 da Lei nº 9.069, de 29.06.95. Recurso conhecido e provido” (STJ, 4ª T., REsp 160.504/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 01.06.1999).

³⁰⁶ “Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial”.

“[a]inda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, *uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes*”.

O primeiro cenário parece ser de fácil assimilação: caracterizado o inadimplemento absoluto, em qualquer hipótese, a correção monetária e os juros de mora serão contabilizados a partir da referida data.

No segundo cenário, visualizam-se hipoteticamente duas possibilidades: (a) se o equivalente tiver sido fixado contratualmente pelas partes, em gestão positiva de riscos, ou tendo por base o valor de bolsa, em gestão negativa de riscos, passível de pronta aferição, os juros correriam a partir da data do inadimplemento, junto com a correção monetária;³⁰⁷ (b) se o equivalente vier a ser fixado por arbitramento de um terceiro (“arbitramento”), em conjunto pelas partes após a caracterização do inadimplemento absoluto (“acordo entre as partes”), ou judicialmente (hipóteses a serem enfrentadas nos capítulos 3.1.1.3 e 3.1.2) (“sentença judicial”), os juros deveriam ser contabilizados a partir da data da definição (liquidação) do equivalente em dinheiro, diferenciando-se, no tempo, do termo inicial da correção monetária.

Para os fins deste estudo, essa dualidade de cenários para fixação dos juros de mora não parece ser oportuna. De fato, compreende-se ser aplicável o primeiro cenário delineado acima: tanto a correção monetária, quanto os juros de mora, devem incidir, independentemente do meio e do momento da definição do equivalente em dinheiro, a partir da data do inadimplemento da prestação avençada, compactuando-se com o entendimento de que “[n]ão há, portanto, qualquer arbitrariedade na opção legislativa de se contarem os juros em momento anterior à liquidação da obrigação”.³⁰⁸

Nessa linha, compreende-se que considerar a redação do artigo 407 do Código Civil como supedâneo para nova hipótese de termo inicial dos juros moratórios, revela-se contrária à interpretação histórico-sistemática da norma, que, vinculada ao aspecto quantitativo dos juros – notadamente quanto à sua base de cálculo –, não guarda pertinência com o termo inicial, conclusão que se mostra coerente com a origem legislativa do dispositivo.³⁰⁹

³⁰⁷ Nesse sentido: “Se a obrigação em dinheiro é líquida e vincula-se a termo final, os juros de mora contam-se a partir do vencimento. Se, entretanto, inexistente data pré-fixada para o pagamento de obrigação líquida, o credor deverá interpelar, expressa e inequivocamente, o devedor, constituindo-o em mora. Só a partir de então se inicia a contagem dos juros” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 747).

³⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo final dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, v. 21, n. 1, p. 55-86, mar. 2017. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27842/20713>. Acesso em: 17. Abr. 2022.

³⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo final dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, v. 21, n. 1, p. 55-86, mar. 2017. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27842/20713>. Acesso em: 17. Abr. 2022. Também

De fato, uma hermenêutica em sentido contrário tornaria o atraso do cumprimento da obrigação de entregar o valor equivalente, inclusive, benéfico ao próprio devedor inadimplente, inibindo, assim, a função dissuasória dos juros, privilegiando o devedor que opõe resistência à pretensão do credor, em detrimento do devedor minimamente diligente, que busca sempre cumprir a prestação no termos avençados.³¹⁰

Em resumo, autorizadas estão as partes contratantes a definir o índice de correção monetária a ser utilizado para a atualização do valor correspondente ao objeto prestacional que se frustrou, a partir da data do inadimplemento absoluto, momento a partir do qual a dívida será transformada, por sub-rogação real, do bem da vida *in natura* em seu equivalente em dinheiro, e a partir do qual também devem incidir os juros de mora.³¹¹ Assim se entende a aplicação do art. 487 do Código Civil, na dinâmica proposta neste estudo.

3.1.1.3 Definição pelos próprios contratantes e o equivalente

É possível que as partes estabeleçam contratualmente, com base na gestão negativa de riscos inerentes à álea normal do contrato, a abertura de um canal idôneo de comunicação para que, juntas, possam definir o equivalente em dinheiro, como decorrência de um caminho natural de cooperação para alcançar uma solução ao inadimplemento absoluto.

A situação, em um primeiro olhar, pode parecer contraditória. De fato, qual seria o interesse do devedor em participar de um procedimento eminentemente cooperativo para fixar o valor a ser por ele eventualmente pago ao credor, por seu inadimplemento absoluto? Do lado do credor, teria ele confiança suficiente no devedor, a ponto de acreditar que o comportamento deste, de fato, se dará com a finalidade de fixar o efetivo valor de mercado

com entendimento no sentido de que a norma prevista no art. 407 do Código Civil não traz, propriamente, a definição do termo inicial, mas se limita a dispor acerca da possibilidade de que prestações em dinheiro e aquelas que não são fixadas em dinheiro estão sujeitas ao regime dos juros: SCHREIBER Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELLO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 231.

³¹⁰ BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. Juros moratórios na teoria do inadimplemento: em busca de sua função e disciplina no direito civil. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 451-480, p. 478.

³¹¹ Relevante a indicação do entendimento consolidado no Enunciado nº. 428 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Os juros de mora, nas obrigações negociais, fluem a partir do advento do termo da prestação, estando a incidência do disposto no art. 405 da codificação limitada às hipóteses em que a citação representa o papel de notificação do devedor ou àquelas em que o objeto da prestação não tem liquidez”.

referente ao objeto prestacional frustrado em definitivo, não buscando apenas uma manobra para ganhar tempo?

A resposta é: depende da natureza do negócio e da equação econômico-individual a ele inerente. Em alguns casos, as partes podem, de fato, guardar o franco interesse de encontrar um *quantum* que represente o valor de mercado do objeto mediato na data em que a prestação deveria ter sido cumprida. E isso, visando, muitas vezes, originalmente, até mesmo a um acordo.

Desse modo, a previsão da quantificação bilateral do equivalente em dinheiro decorrerá do próprio instrumento contratual, como produto da gestão negativa de riscos expressamente empreendida em concreto e dos parâmetros e critérios contratualmente definidos para essa finalidade.³¹²

Visualiza-se uma situação, a título ilustrativo, em que a sistemática de apuração do equivalente em dinheiro por ambas as partes, como *modus* de definição do equivalente, após a caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, poderá mais facilmente demonstrada: em contratos de duração nos quais a caracterização do inadimplemento absoluto em relação a prestações pontuais (inadimplemento absoluto parcial)³¹³, se consideradas em relação à equação econômico-individual como um todo, não é suficiente para ensejar nas partes o interesse na resolução da avença, que, em regra e no aspecto geral, é vantajosa para ambas.

O grau de relevância e de eficácia da definição bilateral do valor equivalente, pelos contratantes, nessa hipótese, será diretamente proporcional ao grau de colaboração contratual esperado das partes contratantes para contornar os efeitos da perturbação ocorrida e seguir plenamente no cumprimento do contrato e das demais prestações, à luz da síntese dos efeitos essenciais pretendidos e da equação econômico-individual daquela relação contratual.

³¹² Isso não quer dizer que não seja possível, independentemente da previsão contratual e da natureza do negócio, que as partes entendam, supervenientemente, por um acertamento a respeito do equivalente em dinheiro.

³¹³ Sobre o inadimplemento absoluto parcial: “O inadimplemento absoluto – dissemos –, pode ser total ou parcial. Total, quando a obrigação, em sua totalidade, deixou de ser cumprida, como no exemplo, acima figurado, do perecimento do seu objeto. Dá-se o inadimplemento absoluto parcial se, v.g., a obrigação compreende vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor. Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fez nem se fará” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 7). Ver também: “Diz-se total o inadimplemento quando a obrigação é inteiramente descumprida, enquanto o inadimplemento parcial tem lugar quando a prestação é entregue apenas em parte. Não se confundem o inadimplemento absoluto com o total, nem o parcial com o relativo. Tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora podem ser total ou parcial. Assim, será parcial o inadimplemento absoluto da agência de turismo que promove uma excursão envolvendo visitas a diversas cidades, mas não leva os viajantes a uma delas (...)” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil*, v. 2. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 336).

Como mencionado, a pequena extensão do inadimplemento absoluto, sob a ótica do escopo do contrato, atinente a uma prestação pontual, pode não ser capaz de gerar nas partes o interesse pelo remédio resolutório. Trata-se de um cenário de inadimplemento absoluto, porém parcial, sob a ampla visão do contrato e tendo por base a dinâmica em aspecto “macro” daquela avença. Nesse contexto, o credor não terá interesse em resolver e o devedor irá buscar uma atuação cooperativa para evitar a resolução. Daí advirá o comportamento cooperativo em tela.

Cabe um adendo. É premissa deste estudo que todas as relações contratuais devem possuir, necessariamente, um vínculo de base axiológica, que informará a relação jurídica em uma dinâmica necessariamente colaborativa, constituindo deveres primários, secundários e deveres anexos, à luz da boa-fé objetiva.

De fato, tendo por base a axiologia constitucional solidarista, é necessário que a relação contratual seja sempre envolvida por um espírito de boa-fé objetiva, sob uma ótica cooperativa, independentemente do objeto da relação contratual. Desse modo, contratos de duração em geral – e todos os contratos, de maneira ampla –, sejam eles de duração, pautados em prestações periódicas ou continuadas, ou instantâneos, de execução imediata ou diferida, estarão sempre sujeitos à colaboração entre os contratantes nos momentos formativo, fisiológico e patológico.

Reconhece-se, no entanto, que determinadas relações contratuais podem atrair, naturalmente, um maior nível de colaboração dos contratantes para o atingimento do interesse comum e do nexos de correspectividade que caracteriza o sinalagma contratual, como aquelas nas quais “as partes têm ciência de que o naufrágio do negócio seria desastroso para ambas”.³¹⁴

É nessa medida que se compreende a relevante preocupação de parte da doutrina com uma classificação específica para os assim denominados contratos de colaboração. Parece ser coerente: determinados contratos, de fato, atraem maior força colaborativa das partes,³¹⁵ dentro do entendimento de que todos os contratos devem ser formados e executados à luz da boa-fé.

³¹⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 201.

³¹⁵ Para Paula Forgioni: “os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 197)

Nesses contratos de maior grau de colaboração, é comum o emprego de “termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração”, por meio dos quais são lançadas “as bases para um *futuro comportamento colaborativo*, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicos”.³¹⁶ Assim, a indicação do critério bilateral, para que, juntas, as partes possam definir o equivalente em dinheiro, diante de uma hipótese de inadimplemento absoluto, porém parcial, relacionado a uma prestação isolada à luz de toda a relação contratual, parece ser relevante.³¹⁷

Trata-se de uma solução de duplo alcance. Esse critério pode permitir: (i) que seja realizado um acordo entre as partes, que, na verdade, são e continuarão a ser parceiras comerciais; ou (ii) que seja liquidado o equivalente em dinheiro à prestação frustrada, caso, definido o valor, este não seja quitado. Poderá valer-se, então, o credor, na posse do valor já liquidado, do remédio da execução pelo equivalente, para alcançar o valor em Juízo, sem que isso represente necessariamente o encerramento da relação jurídica mais ampla; ao menos não diretamente como um efeito do remédio contratual utilizado para sanar o inadimplemento.

As partes, nessa toada, definirão em contrato que, eventualmente ocorrendo o inadimplemento absoluto no curso da relação jurídica, em relação a prestações pontuais, serão realizadas reuniões para definição bilateral dos valores envolvidos. Paula Forgioni reconhece a incompletude ínsita a contratos de colaboração, admitindo a possibilidade de realização de “previsões, cálculos considerando probabilidades”, mas arrematando no sentido de que “jamais haverá o controle do porvir”.³¹⁸

Por esse motivo, entre outros aspectos a respeito da colaboração contratual, visualiza-se a possibilidade de adaptação eficiente às novas necessidades e às circunstâncias futuras, que possam ser previamente regulamentadas, a despeito da aplicação *a posteriori* desse

³¹⁶ FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 120.

³¹⁷ Paula Forgioni reconhece, a respeito da classificação dos “contratos de colaboração” ou “colaborativos”, que: “a doutrina tem se descurado dos contratos de colaboração: a literatura a seu respeito é avara. Há referências esparsas ao tema, normalmente ligadas aos contratos de longa duração ou aos contratos-quadro, referidos pela doutrina francesa. (...) Os contratos colaborativos tendem a se estender no tempo; seu aspecto associativo faz com que a relação deles decorrente não se destine ao esgotamento imediato, como ocorre nos contratos de intercâmbio. Costumam, assim, ser celebrados por prazo indeterminado. Neles, busca-se mais a disciplina de questões futuras. Ou seja, o negócio não visa a estabelecer apenas regras sobre trocas, mas balizar a relação entre as partes. No instrumento do contrato empregam-se termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicos. Por fim, como explicado, as áleas das partes são interdependentes, mas não comuns” (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 199-200)

³¹⁸ FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 207.

“regulamento”, adotando-se, pois, mecanismos de gestão negativa de riscos comuns à álea normal do contrato, que afetem a economia contratual.

Tenha-se em mente o contrato de distribuição, reconhecidamente um contrato de colaboração.³¹⁹ A propósito, por definição, o contrato de distribuição é o contrato por meio do qual “o fornecedor tem a colaboração de agentes independentes para a colocação de seus bens no mercado, o que permite àquele concentrar-se na atividade produtiva e reduzir suas despesas e riscos com a distribuição”. Assim, nos contratos de distribuição, o distribuidor obriga-se a revender, em seu próprio nome e por sua conta, os produtos adquiridos junto ao fornecedor, possuindo diversas obrigações além da obrigação de compra para revenda.³²⁰

Ana Carolina Devito Dearo Zanetti reconhece que, caracterizando-se o suporte fático do inadimplemento absoluto em contratos de distribuição, poderão, os contratantes, lançar mão do remédio contratual da execução pelo equivalente,³²¹ afirmando ser possível “pensar na obrigação de entregar mercadorias a cargo do fornecedor que tenha se tornado inútil pelo grande atraso. Nessa hipótese, o distribuidor poderá exigir valor equivalente ao que tais mercadorias teriam na data da entrega”, podendo o credor “requerer ainda indenização dos danos sofridos em razão do inadimplemento alheio”.³²²

Diante do elevado grau de colaboração ínsito aos contratos de distribuição, acredita-se que a definição do valor equivalente poderá ocorrer por ajuste entre as partes, com base na previsão específica, no bojo do contrato, de que, em eventual caracterização de inadimplemento absoluto, farão, as partes, reuniões a respeito – ou qualquer outro meio de contato –, para definir o valor equivalente.

³¹⁹ A utilização do contrato de distribuição como exemplo para os fins deste estudo decorre de sua classificação, para a doutrina, como um contrato de colaboração. Nesse sentido, Ana Carolina Devito Dearo Zanetti reconhece “o enquadramento desse tipo como um contrato de duração e de colaboração” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 50). No mesmo sentido: “o contrato de distribuição é modalidade de colaboração empresarial” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo manual de direito comercial: direito de empresa*, 31. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 414). Na mesma linha: FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 197-199; e SCHREIBER Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELLO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 710.

³²⁰ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22-23. A autora reconhece que, entre as obrigações, pode se fazer alusão às seguintes: “exclusividade de comercialização e de zona, a aquisição de cota mínima e a sugestão de preço de revenda. Podem estabelecer ainda regras sobre a organização, as instalações, os métodos de venda, as formas de publicidade e a prestação de assistência técnica a ser oferecida aos clientes” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22).

³²¹ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119-121.

³²² ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121.

A fixação de um valor equivalente em conjunto, pelos contratantes, poderá ser benéfico a ambas as partes: (i) o contratante lesado (credor) terá ciência a respeito de quanto lhe é devido, podendo, ainda, a depender da regularidade formal do contrato, lançar mão de procedimento executivo na seara judicial, na posse de título líquido; (ii) o devedor, a seu turno, terá previsibilidade na gestão dos custos envolvidos no contrato, inclusive, os decorrentes de seu inadimplemento, podendo, assim, provisionar, de plano, os valores em questão, fazendo melhor gestão interna do contrato. Em qualquer contexto, o contrato de distribuição, objeto do exemplo em tela, seguirá em vigor, limitando-se a discussão ao equivalente em dinheiro referente ao objeto prestacional pontualmente frustrado.

Ora, é direito do credor socorrer-se de remédios contratuais para medicar perturbações no prumo da prestação. A execução pelo equivalente surge, portanto, como alternativa relevante à resolução, especialmente em contratos com elevado grau de colaboração, como os contratos de distribuição – entre outros –, tornando possível que as partes, em ajuste fino, definam juntas o equivalente em dinheiro, após a caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, com base em uma disposição contratual pré-estabelecida, sem resolver o contrato.

Nessa linha, verifica-se a impossibilidade de cumprimento e a frustração do interesse útil do credor apenas em relação às prestações pontuais, tendo a execução pelo equivalente função relevante na perspectiva de franquear remédio contratual idôneo ao credor, diante do inadimplemento absoluto parcial, sem que a perturbação verificada assuma proporção capaz de atravancar o prumo da equação contratual maior, levando-a ao ocaso com a utilização do remédio resolutório, extremo por essência e que não socorre a nenhum dos contratantes.

Acredita-se que a definição bilateral do valor equivalente pode ser bastante vantajosa, permitindo o efetivo diálogo entre as partes, o que poderá levar, inclusive, a um eventual acordo, em virtude dessa aproximação, prescindindo até mesmo do manejo do remédio do cumprimento pelo equivalente.

Não sendo cumprido o acordo, poderá, então, o credor respectivo, manejar o cumprimento forçado, sem receio de interromper contrato vantajoso para si e para o outro contratante, permitindo que as partes sigam o prumo de sua relação jurídica mesmo com pendências referentes ao descumprimento em definitivo de prestações pontuais, mas ainda guardando interesse na relação maior.

3.1.1.4 *Wash-out*: exemplo de gestão de risco e execução pelo equivalente?

Quanto à possibilidade de se definir o equivalente em dinheiro com base na gestão de riscos contratuais, em especial em relação à gestão negativa, passa-se a discorrer acerca da cláusula de *wash-out*, muito comum em contratos de compra e venda de *commodities* a preço fixo com entrega a termo certo,³²³ e a sua possível e eventual caracterização como espécie de gestão negativa de riscos contratuais, porventura relacionada à execução pelo equivalente. A finalidade é tentar dar materialidade ao que se expôs anteriormente.

Antes do mais, é relevante dispor que não se pretende, nesta sede, exaurir o tema ou discutir as suas vicissitudes. A cláusula de *wash-out* será analisada, portanto, de maneira pontual e a título ilustrativo, buscando fazer uma correlação dessa cláusula com o remédio da execução pelo equivalente, tendo por base a definição do equivalente em dinheiro.

A cláusula de *wash-out* é uma cláusula contratual importada pelo sistema jurídico nacional e cuja finalidade é abrandar as consequências da instabilidade da passagem do tempo no curso de relações contratuais complexas, relacionadas à compra e venda de *commodities*, especialmente diante do risco de inadimplemento.³²⁴

Com efeito, a dinâmica contratual que envolve esse negócio é retratada por meio de uma cadeia sucessiva de contratos. Essa cadeia se inicia com o produtor rural e com o comprador original, que também será vendedor oportunamente, para outros compradores e importadores, até que os produtos cheguem ao consumidor final, em todo o mundo. Uma perturbação, mesmo diminuta, no início dessa cadeia, na relação entre o produtor rural e o primeiro comprador, com a entrega original fora do termo, em quantidades menores, e especialmente a frustração integral, com a caracterização do inadimplemento absoluto, poderá reverberar por toda a operação.

³²³ A cláusula de *wash-out* é definida nestes termos: “Registra-se que, em paralelo à previsão de multas para sancionar o inadimplemento contratual, nos contratos a termo de soja é bastante comum a utilização da denominada cláusula *washout*. Trata-se de cláusula que, diante da não entrega do produto no vencimento da operação, prevê a obrigação do produtor em indenizar o adquirente relativamente aos custos adicionais que este tiver para adquirir a mesma quantidade de produto com terceiros, com base no preço de mercado. Tal cláusula visa justamente afastar a percepção de inadimplemento eficiente” (GAMA, Clairton Kubassewski. Os contratos a termo e soja à luz da behavioral law and economics. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5, ano 7, p. 513-548, set./out. 2021).

³²⁴ Sobre operações envolvendo *commodities*, cabe o breve esclarecimento: “Internamente, as *tradings* e os fornecedores de produtos agrícolas estabelecem contratos, em sua maioria, de compra e venda, nos quais os fornecedores entregam, na data apazada, a quantidade acordada do produto. E, para tanto, em algum grande porto do Brasil já existe um navio para exportar tais produtos. Por se tratar de relações comerciais de vultosas quantias, os referidos instrumentos preveem cláusulas penalizadoras graves nos casos de inadimplemento contratual” (TREVIZAN, Ana Flávia. “Wash out” frente ao ordenamento jurídico brasileiro. In: SOARES, Danielle Cevallos; SALDANHA, Evely Bocardí de Miranda; SOUZA, Murilo Oliveira (Orgs.). *O direito na fronteira e as fronteiras do direito*. Cáceres: Editora da Unemat, 2017, p. 7-26).

A cláusula de *wash-out*, nessa linha, é instrumento comum hodiernamente, aposto em contratos dessa natureza, com a finalidade de estabelecer uma consequência eminentemente pecuniária para o produtor rural que inadimplir definitivamente com as suas obrigações.

A dinâmica é a seguinte: a relação se torna possível tendo por base o preço fixo, dando previsibilidade às partes, diante do contexto de notória volatilidade das *commodities*. Caso o produtor deixe de, na data aprazada, entregar a produção, frustrando-se em absoluto a prestação, por fato a ele imputável, a prestação *in natura* será substituída pelo seu equivalente em dinheiro a valor de mercado, *caso, na data prevista para o cumprimento, este seja superior ao preço fixo originalmente estabelecido*.

Caberá ao produtor (devedor) efetuar ao comprador (credor) o pagamento substitutivo à prestação *in natura*, prestando o equivalente em dinheiro, com base na data em que a prestação deveria ter sido cumprida e à luz dos próprios parâmetros nacionais e internacionais de mercado (bolsas), de acordo com a definição contratual. Ou seja, nesse cenário, se responsabilizará, o produtor, pela diferença entre o valor fixo previamente estabelecido e o valor de mercado na data do inadimplemento.³²⁵

Isso ocorre especialmente porque, em regra, contratos futuros envolvendo *commodities* possuem grande dinamismo, diante da oferta e da demanda, baseando-se o valor de cada mercadoria em bolsas internacionais e provendo uma cadeia específica de mercado. Dessa forma, a finalidade da contratação baseada em um valor fixo está na redução da incerteza sobre o valor de mercado desses produtos, de volatilidade intrínseca, na data em que o adimplemento deveria ocorrer.

O preço fixo funciona, portanto, como uma garantia de manutenção da equação econômica pré-ajustada, especialmente diante da oscilação ínsita ao dinamismo do setor internacional de *commodities*. O que se busca é viabilizar a contratação, com a “calculabilidade em relação ao risco da atividade produtiva”.³²⁶

³²⁵ Para facilitar a visualização, colhe-se o exemplo apresentado por Ana Flávia Trevizan: “A título de exemplo, se o negócio jurídico tiver por objeto a safra de soja, é celebrado no dia em que o custo da saca de soja é de R\$ 60,00 (sessenta reais), o contrato terá por base esse valor, porém a execução do contrato se dará alguns meses após. Se na data aprazada o contrato não for cumprido e o valor da soja, à época, for de R\$ 70,00 (setenta reais), o ‘wash out’ consistirá em R\$ 10,00 (dez reais) de diferença por cada saca de soja” (TREVIZAN, Ana Flávia. “Wash out” frente ao ordenamento jurídico brasileiro. In: SOARES, Danielle Cevallos; SALDANHA, Evely Bocard de Miranda; SOUZA, Murilo Oliveira (Orgs.). *O direito na fronteira e as fronteiras do direito*. Cáceres: Editora da Unemat, 2017, p. 7-26).

³²⁶ Nessa linha: “(...) a ambos os contratantes interessa fixar, antes da colheita, o preço a ser pago pelas mercadorias para que possam planejar a sua atividade, residindo sua álea normal justamente nessa possibilidade de o risco poder ser alocado para um ou para outro conforme o comportamento do mercado no período de intermeio entre conclusão e adimplemento (...). Compreende-se que assim seja em face da volatilidade ínsita a esse setor do mercado e da sua estrutura encadeada. Considerado um cenário de aumento no valor de mercado das *commodities* entre a celebração e a execução – já verificado ou potencial –, é plausível cogitar que os

Para Judith Martins-Costa e Rafael Branco Xavier, a cláusula de *wash-out*, em sua origem, possui três principais características, notadamente: (i) o cumprimento do contrato em perspectiva dilatada no espaço e no tempo, pois contratos de compra e venda de *commodities*, em regra, são entabulados visando à exportação, com o ajuste do preço em patamar fixo e previsão de valor antecipado, igual ao preço, no momento do inadimplemento; (ii) a finalidade econômica desses contratos está em minimizar os riscos de prejuízo, estreitando as margens de lucro; e (iii) esses contratos fazem parte de uma vasta cadeia de contratos interdependentes, cujo conteúdo guarda certa padronização.³²⁷

Diante da possibilidade de inadimplemento absoluto, por exemplo, em virtude do interesse do produtor rural em negociar as *commodities* com terceiros, alheios à relação contratual entabulada, por valor superior àquele pactuado,³²⁸ serve a cláusula de *wash-out* para permitir que, nesse cenário, o comprador possa estar protegido, em caso de inadimplemento absoluto, garantindo a diferença positiva entre o valor de mercado e o preço original, caso aquele seja mais elevado na data prevista para o adimplemento, mantendo, assim, a higidez de toda a cadeia sucessiva de compra e venda de *commodities*.

Em diversos países, a operacionalização desses negócios possui especificidades, não guardando, a cláusula *wash-out*, uma aplicação linear. A análise relacionada à instrumentalização da cláusula de *wash-out* no Brasil foi realizada por Judith Martins-Costa e Rafael Branco Xavier, à luz dos institutos jurídicos previstos no ordenamento jurídico nacional.³²⁹

vendedores queiram celebrar novos contratos para a venda da produção agrícola, realizando vendas para terceiros com o preço atualizado e não mais com o ‘preço travado’. Essa iniciativa pode resultar no risco de descumprimento dos contratos inicialmente pactuados” (MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817).

³²⁷ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v.2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817.

³²⁸ A doutrina especializada reconhece essa conduta como inerente à teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*). Nesse sentido: “Há outro fator que também estimula comportamentos oportunistas e que se deve registrar. O produtor pode perceber o descumprimento do contrato como mais vantajoso do que o seu cumprimento, na hipótese em que arcar com as sanções decorrentes da inadimplência e comercializar a soja no mercado por preço mais elevado do que aquele que foi pré-fixado se mostrar mais vantajoso. Trata-se da teoria do inadimplemento eficiente” (GAMA, Clairton Kubassewski Gama. Os contratos a termo e soja à luz da behavioral law and economics. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5, ano 7, p. 513-548, set./out. 2021).

³²⁹ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v.2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817. Também é relevante a análise feita por Ana Flávia Trevizan: “o ‘wash out brasileiro’ tem por escopo a indenização sobre a valorização das *commodities* no mercado, ou seja, a diferença entre o preço no momento da celebração do contrato e no instante em que o mesmo for descumprido e aquele comprador tiver que procurar no mercado do dia o produto que deseja” (TREVIZAN, Ana Flávia. “Wash out” frente ao ordenamento jurídico brasileiro. In: SOARES, Danielle

Concluiu-se que a cláusula pode ser vista, no ordenamento jurídico, como: (i) recompra de bens móveis; (ii) novação objetiva; (iii) obrigação facultativa (com *facultas* alternativa); (iv) cláusula penal compensatória. No último aspecto, afirma-se existir a substituição da prestação que, não cumprida tal qual contratada, é substituída por indenização em dinheiro. Os autores passam, então, a tratar a matéria sob a ótica da cláusula penal compensatória, afirmando que, diante desse cenário, para remediar a situação, o credor lesado pelo inadimplemento poderá receber *substitutivamente quantia em dinheiro*.

É justamente sob essa perspectiva, destacada em itálico no parágrafo supra, que se sugere, neste estudo, uma análise da cláusula *wash-out*, que permita, respeitosamente, adicionar à gama de institutos jurídicos a que ela pode estar funcionalmente vinculada, nos termos da análise realizada pela doutrina especializada, à luz da dinâmica do ordenamento jurídico brasileiro, também a execução pelo equivalente.

Parece também ser possível compreender a dinâmica da cláusula de *wash-out* atrelada, em aspecto técnico, ao remédio do cumprimento pelo equivalente em dinheiro, na toada deste estudo, ante a previsão usualmente contida na cláusula em tela, no sentido de que o devedor será responsável, caso se caracterize o suporte fático do inadimplemento absoluto, ao deixar de entregar ao credor a produção ajustada, pelo equivalente em dinheiro na data em que a obrigação deveria ter sido adimplida.

E alguns elementos permitem conduzir nesse sentido a compreensão do tema: (i) ao se abordar a cláusula de *wash-out*, faz-se alusão à sua incidência à luz do suporte fático do inadimplemento absoluto, ou seja, à luz do mesmo suporte fático da execução pelo equivalente; (ii) faz-se alusão, ainda, à substituição da prestação por um *equivalente em dinheiro* a ela correspondente, de acordo com a oscilação positiva da mercadoria no mercado, tendo por base a data do inadimplemento (ou a data prevista para o adimplemento), ou seja, mecanismo também aplicável à execução pelo equivalente.

A corroborar o exposto, a doutrina especializada vai além e afirma que, “ao receber a quantia prevista na cláusula *wash-out*, o comprador, que não mais receberá a *commodity* contratada, é colocado *na posição em que estaria caso o contrato fosse cumprido como inicialmente previsto*”.³³⁰ Ou seja, fala-se de interesse positivo, que também é tipicamente atrelado à dinâmica execução pelo equivalente.

Cevallos; SALDANHA, Evely Bocardi de Miranda; SOUZA, Murilo Oliveira (Orgs.). *O direito na fronteira e as fronteiras do direito*. Cáceres: Editora da Unemat, 2017, p. 7-26).

³³⁰ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v.2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817.

O que se quer dizer é que parece ser possível, utilizando-se como exemplo a cláusula de *wash-out*, à luz de seu delineamento no ordenamento jurídico brasileiro, falar em execução pelo equivalente e na possibilidade de fixação do equivalente em dinheiro com base na gestão positiva e negativa de riscos inerentes à álea normal do contrato.

De fato, o equivalente em dinheiro às mercadorias não entregues ao credor, pelo produtor rural, na dinâmica da cláusula, tem espeque na respectiva bolsa de valores, tendo por base a data do inadimplemento. Parece se estar a fazer alusão à sugestão apresentada neste estudo, atrelada à gestão negativa de riscos contratuais, nos termos do art. 486 do Código Civil. É apenas isto o que se pretende demonstrar: que a cláusula de *wash-out* pode representar a possibilidade de definição do equivalente em dinheiro com base na gestão de riscos contratuais por meio de cláusulas específicas, na toada deste estudo.

No *modus* da cláusula de *wash-out*, vindo o produtor (devedor) a inadimplir absolutamente a sua prestação, e tratando-se, o valor de mercado da prestação, de montante superior ao “preço travado” pactuado originalmente, caberá ao devedor pagar ao credor a diferença entre o valor fixo, estabelecido originalmente, e o valor de mercado, impondo-se-lhe, em resumo, o dever de pagar ao credor o equivalente em dinheiro à prestação na bolsa respectiva e na data do inadimplemento.

Caso já tenha, o credor, a título exemplificativo, embora não seja essa a praxe do mercado, prestado o preço fixo ajustado, o devedor deverá efetuar o pagamento integral do montante devido tendo por base o valor de mercado na data do inadimplemento; esse valor incluirá o montante fixo recebido e o excedente decorrente da variação positiva na data em que o contrato deveria ter sido cumprida. Nesse cenário, fica claro não se tratar de mero efeito restitutivo, mas de pagamento do equivalente em dinheiro.

E na hipótese de o credor ainda não ter prestado, caberá ao devedor pagar a diferença, *compensando-se* o valor fixo previamente acordado, para evitar tráfego jurídico e econômico desnecessário, evitando que o credor tenha que prestar o valor fixo para depois receber integralmente o equivalente em dinheiro ao valor da *commodity* na bolsa, na data em que a obrigação deveria ter sido cumprida. A compensação por si só racionalizará economicamente a prestação do credor com a prestação do devedor.

Fica muito claro que o que se busca é deixar o credor na posição em que ele estaria caso, de fato, o contrato tivesse sido efetivamente cumprido, podendo vir a, mesmo diante do inadimplemento absoluto, buscar no mercado, munido do valor correspondente, o produto que não lhe foi entregue, para poder seguir cumprindo os contratos subsequentes da cadeia contratual das *commodities*.

Também nesse ponto, o que se pretende é cumprir o contrato com base em seu substitutivo pecuniário, e não o extinguir para obter a indenização respectiva. A própria razão de ser da cláusula *wash-out* é viabilizar o acesso ao equivalente em dinheiro na data que estava prevista para entrega da produção, pelo produtor, para que os contratos subsequentes não se frustrem e para evitar a ruína do credor, que também é vendedor em contratos sucessivos. Nesse exato sentido, o entendimento de Judith Martins-Costa e Rafael Branco Xavier no sentido de ser “esse valor [o equivalente] o potencialmente necessário para realizar, no mercado atual, a *compra substitutiva*”.³³¹

De mais a mais, valendo-se da execução pelo equivalente, as garantias porventura prestadas pelo devedor seguirão à disposição do credor, cabendo-lhe, ainda, a cumulação das perdas e danos pelo interesse positivo, ajustadas em contrato ou definidas diante dos lucros cessantes e dos danos emergentes sofridos em concreto.

A cláusula de *wash-out* parece ser um exemplo, sob a ótica exposta neste estudo, da possibilidade de definição do equivalente em dinheiro com base na gestão negativa de riscos inerentes à álea normal do contrato, baseando-se no montante previsto em bolsas internacionais em determinada data, à luz do critério previsto no art. 486 do Código Civil, tal qual citado acima.

3.1.2 Liquidação ou arbitramento judicial e o equivalente

Entre os possíveis meios para definição do equivalente em dinheiro, é possível que tal apuração ocorra: (i) nos autos de processo judicial autônomo, deflagrado para dar cumprimento aos termos de sentença arbitral ilíquida, que tenha reconhecido o suporte fático do inadimplemento absoluto, mas que ainda precisa ser liquidada na sede própria para apuração do valor equivalente (art. 515, inciso VII, §1º, do Código de Processo Civil);³³² (ii) nos autos uma ação pelo procedimento comum, ajuizada com a finalidade de ver reconhecido o suporte fático do inadimplemento absoluto, visando ao posterior cumprimento pelo equivalente em dinheiro, a ser apurado em fase de liquidação (art. 509, incisos I e II, do

³³¹ MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v.2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817.

³³² “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII - a sentença arbitral; (...). §1º. Nos casos dos incisos VI a IX, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias”.

Código de Processo Civil);³³³ e (iii) no curso de uma execução de título extrajudicial instaurada com a finalidade de obtenção da tutela específica da obrigação, na qual, em seu curso, no plano do direito material, a coisa venha a se perder, transformando-se a mora prévia em inadimplemento absoluto (art. 809, *caput* e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil).³³⁴

Nas três hipóteses, observa-se que a via judicial é, de fato, um relevante meio para a definição do equivalente em dinheiro. E isso pode ser apurado diretamente a partir da norma processual civil brasileira, como se observa.

À luz das especificidades do caso concreto, tendo sido deflagrado, originalmente, pelo credor, procedimento arbitral, a fim de apurar a caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto e a possível utilização do remédio da execução pelo equivalente, para posterior cumprimento perante a jurisdição estatal, deverá o credor, munido de sentença arbitral – título executivo judicial, nos termos do art. 515, inciso VII, do Código de Processo Civil – porventura ilíquida, deflagrar a *liquidação*, nos termos do art. 515, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, perante o Juízo competente.³³⁵

Assim, uma vez liquidado o equivalente em dinheiro, na sede judicial, em procedimento próprio de liquidação, prosseguir-se-á com os atos de expropriação, visando à execução da sentença arbitral, em seus ulteriores termos, tendo por base o valor correspondente à prestação *in natura* que não foi cumprida pelo devedor.³³⁶

³³³ “Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.”

³³⁴ “Art. 809. O exequente tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando essa se deteriorar, não lhe for entregue, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente. §1º. Não constando do título o valor da coisa e sendo impossível sua avaliação, o exequente apresentará estimativa, sujeitando-a ao arbitramento judicial. §2º. Serão apurados em liquidação o valor da coisa e os prejuízos”.

³³⁵ Não se desconhece a discussão a respeito da possibilidade de árbitros procederem à liquidação na esfera arbitral, tendo por base: (i) a possibilidade de prolação de sentenças parciais no procedimento arbitral (art. 23, §1º, da Lei nº. 9.370/96), podendo ser, em benefício do tempo, apreciado, primeiramente, o *an debeatur*, e, na presença dos elementos necessários, também ser apurado, na sequência, o *quantum debeatur*, em sentença final; (ii) a interpretação do art. 515, §1º, do CPC, do qual se extrai que “o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias”, no sentido de que tal enunciado normativo se referiria ao ato de comunicação processual, apenas, e à necessidade de que, ao se falar em “citação”, reconheça-se apenas a necessidade de instauração de processo próprio e autônomo, na esfera judicial, não se tratando de norma impositiva de liquidação na esfera judicial; e (iii) a natureza cognitiva da liquidação, não alheia ao crivo dos árbitros. Com efeito, não é objetivo deste estudo aprofundar essa discussão. Entende-se, de todo modo, ser possível a liquidação e, portanto, a definição do valor equivalente pelo próprio árbitro, juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei nº. 9.370/96), a depender, necessariamente: da complexidade na fixação do equivalente em dinheiro; dos elementos disponibilizados aos árbitros pelos advogados e dos ajustes estabelecidos contratualmente entre as partes, inclusive, na cláusula compromissória. Entre outros, admitindo a possibilidade de o árbitro promover a liquidação: FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Sentença parcial de mérito na arbitragem. In: FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís (Coords.). *Temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 149-188.

³³⁶ Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 745. Na mesma linha: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim;

Caso tenha ajuizado, o credor, ação pelo procedimento comum, visando também ao reconhecimento do suporte fático do inadimplemento absoluto, a autorizá-lo a utilizar o remédio da execução pelo equivalente, poderá vir a ser apurado, o *quantum* equivalente, em fase própria de liquidação.

Reconhecido o suporte fático, em lugar do pedido desconstitutivo, típico da resolução, buscará, o credor, a manutenção do vínculo contratual. Assim, eventualmente instaurada a fase de liquidação de sentença (art. 509, incisos I e II, e seguintes do Código de Processo Civil), por arbitramento ou pelo procedimento comum, e definido o equivalente em dinheiro, poderá instaurar, o credor, a fase de cumprimento de sentença, valendo-se da regra geral prevista no art. 523 e seguintes do Código de Processo Civil, correspondente ao capítulo de “cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa”.³³⁷

Em regra, para que possa se utilizar da execução de título extrajudicial, para obtenção de quantia certa, o credor deverá, de plano, estar munido de título líquido, certo e exigível. No entanto, pode ocorrer uma situação *sui generis*. De fato, o credor pode ter deflagrado, originalmente, execução de título extrajudicial visando a uma determinada obrigação de entregar coisa certa, com arrimo em um determinado contrato, por exemplo.

No entanto, no curso do pleito executório, pode ocorrer de o objeto se perder integralmente, transformando-se um cenário prévio baseado no suporte fático da mora, que autorizou a deflagração da execução específica para entrega de coisa, em um cenário baseado no suporte fático do inadimplemento absoluto, ante o caráter transformista da mora, autorizando-se o credor a se utilizar, supervenientemente, da execução pelo equivalente, a fim de receber o equivalente em dinheiro mais as perdas e danos (art. 809 do Código de Processo Civil), nos autos da própria demanda já instaurada.³³⁸

Dessa maneira, não constando do contrato o valor da coisa ou os critérios para a sua fixação, nos termos do §2º, do art. 809, do Código de Processo Civil, “serão apurados em

DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.327-1.328.

³³⁷ Nesse sentido: “Tratando-se de título executivo judicial, que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, uma vez definido o valor devido na sentença ou em liquidação de sentença, abre-se ao credor a possibilidade de exigir forçadamente o cumprimento da obrigação” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.355).

³³⁸ Araken de Assis se manifestou a respeito da desnecessidade de ajuizamento de nova demanda em situações como a relatada: “[a]presentando a demanda de cumprimento feição executiva, porque o contrato se enquadra no art. 585 do CPC [art. 784, CPC/2015] e constitui título executivo nas obrigações de dar ou de fazer – graças a regras explícitas –, o equivalente pecuniário e perdas e danos são alcançáveis independentemente de nova demanda própria” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43).

liquidação do *valor da coisa* e os prejuízos”. E não sendo possível a avaliação da coisa, caberá ao credor-exequente apresentar estimativa, a qual se sujeitará ao arbitramento judicial (art. 809, §1º, do Código de Processo Civil).³³⁹

Verifica-se, assim, que o equivalente em dinheiro também pode ser apurado diretamente pelo Poder Judiciário, em veículo processual próprio ou em fase processual própria. Assim, pode-se definir judicialmente o equivalente em dinheiro a partir: de uma sentença arbitral porventura ilíquida; no curso de ação judicial movida pelo procedimento comum, em fase própria de liquidação, em processo sincrético; ou em sede de liquidação ou de arbitramento, em hipótese de perda do objeto prestacional no curso de um pleito executório originalmente deflagrado buscando a tutela específica para entrega da coisa, convertido em execução para o pagamento de quantia certa, à luz da norma processual.

3.1.3 Critérios gerais para definição do equivalente

Apresentados os meios pelos quais se entende possível a quantificação do equivalente em dinheiro, torna-se necessário ponderar critérios gerais de apuração, os quais, na ausência de definição de regramento contratual específico, podem ser utilizados como norte cardeal por: (i) terceiros, responsáveis pela fixação do valor equivalente, nos termos contratuais; (ii) por ambas as partes, em eventual definição bilateral; (iii) pelo perito, na esfera judicial, em sede de liquidação; e (iv) pelo juiz, em sede de arbitramento.³⁴⁰

O que se pretende é sugerir critérios gerais de apuração do valor equivalente, caso não tenham, as partes, definido em contrato o valor propriamente dito (em gestão positiva de riscos contratuais) ou algum meio próprio para tanto (como a utilização de parâmetros de bolsa de valores e os critérios a ela referenciados). Os critérios apresentados a seguir, portanto, podem funcionar como bases gerais para a fixação do equivalente em dinheiro.

Esses critérios podem ser dispostos em três grupos: (i) parâmetros de definição objetiva, relacionados ao valor da própria prestação no momento da caracterização do suporte

³³⁹ Nessa toada: “Será mera fase de liquidação, não se tratando de ação autônoma. Se o valor da coisa já estiver fixado no título executivo, a liquidação servirá para apurar eventuais prejuízos. Doutra banda, se o valor do bem for de impossível avaliação, será fixado por arbitramento judicial, partindo da estimativa dada pelo exequente” (STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.066).

³⁴⁰ Cabe nesse ponto também a ressalva apresentada na nota de rodapé nº. 335, a respeito da possibilidade de o árbitro vir a liquidar o valor equivalente.

fático do inadimplemento absoluto (*mora ex re/mora ex persona*), que englobam também a valorização ou desvalorização da coisa entre a data da conclusão do contrato e a do inadimplemento absoluto; (ii) parâmetros de acréscimo, referentes aos acessórios à prestação principal e à eventual incidência da cláusula penal moratória; e (iii) parâmetros de lapidação, atrelados a descontos decorrentes do esforço do devedor e à prestação do próprio credor.

Eventuais questões correlatas à cláusula penal compensatória, cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade civil e perdas e danos em geral não estão excluídas desse cálculo, como já exposto neste estudo, mas devem ser endereçadas em momento posterior à fixação do equivalente em dinheiro.

Nessa toada, os três grupos de parâmetros sugeridos devem ser analisados de maneira sucessiva. Primeiramente, deve-se apurar o equivalente em dinheiro propriamente dito; em seguida, deve-se apurar eventuais acréscimos ou decréscimos ao valor inicialmente apresentado; por fim, podem vir a ser aplicados “descontos” ao valor original. Em complemento, há de se ponderar a possibilidade de acréscimo a título de cláusula penal compensatória e eventual cláusula de limitação de responsabilidade civil porventura pactuada, dentro do espectro das perdas e danos em geral, ou mesmo a apuração das perdas e danos, com as quais pode ser cumulado o equivalente, nos termos do art. 475 do Código Civil.

Em primeiro lugar, portanto, em relação aos *parâmetros de definição objetiva*, é fato que o objeto prestacional, nos termos contratuais, passaria a integrar o patrimônio do credor na data prevista para o adimplemento (pagamento). Portanto, pode-se afirmar que o equivalente em dinheiro deve ser apurado, como regra geral, na data da implementação do suporte fático que lhe dá azo, ou seja, na data do inadimplemento absoluto.

Assim, a lição de Antunes Varela, utilizando-se de um exemplo simples: diante de uma obrigação de entregar mercadorias a cargo do fornecedor, que tenha se tornado inútil pelo grande atraso, o distribuidor poderá exigir valor equivalente ao que tais mercadorias teriam *na data da entrega*.³⁴¹

Desse modo, para se definir o momento correspondente à data do inadimplemento absoluto é necessário analisar a situação sob a perspectiva da constituição do devedor em mora, o que pode ocorrer por duas vias, a depender da própria natureza da prestação e dos termos do contrato.

³⁴¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 2, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 151. No mesmo sentido: TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018; e ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 120-121.

Se a obrigação avençada for positiva, como as obrigações de dar coisa, e líquida, o advento do termo contratual será suficiente para constituir em mora o devedor, em aspecto geral. Trata-se da chamada mora *ex re*, corolário do princípio *dies interpellat pro homine*, constante dos termos do art. 397, *caput*, do Código Civil.³⁴² No entanto, na ausência de *termo*, não sendo positiva e líquida a prestação, a mora se constituirá por interpelação judicial ou extrajudicial, sendo a finalidade do ato dar ciência efetiva e inequívoca ao devedor, nos termos do art. 397, parágrafo único, do Código Civil, convocando-o a cumprir. Trata-se da chamada mora *ex persona*.³⁴³

A depender do ato de constituição do devedor em mora, a fim de caracterizar a data do efetivo inadimplemento, o equivalente em dinheiro terá por base: (i) o próprio termo firmado no instrumento contratual, caso se esteja diante de uma situação que envolva mora *ex re*; (ii) ou a data da efetiva interpelação – ou a data nela prevista para cumprimento –, caso se esteja diante de uma situação que envolva mora *ex persona*. É esse, portanto, o primeiro parâmetro para definição do equivalente em dinheiro: a definição do momento (aspecto temporal) no qual deve ser quantificado esse valor, que está diretamente atrelado ao momento de caracterização do suporte fático do inadimplemento. Esse valor será chamado de “valor de base”.

Como exposto, as partes podem convencionar contratualmente outro critério temporal para a fixação do valor de base ou critérios para a sua aferição. No silêncio do contrato, no entanto, sugere-se que seja utilizado como momento para definição do equivalente em dinheiro a data do inadimplemento absoluto, nos termos apresentados.

Nesse primeiro momento, ainda para definição do valor de base, também deve ser apurada eventual valorização ou desvalorização do próprio objeto prestacional, tendo como norte o tempo transcorrido entre a conclusão do contrato e a data do inadimplemento. Com efeito, eventual valorização ou desvalorização do valor do objeto prestacional deverá ser considerada para a definição do valor de base,³⁴⁴ já que, até esse momento, o débito recairá

³⁴² Nesse sentido: “Para que a mora se inicie independentemente de interpelação, notificação ou protesto, é necessário que a obrigação seja positiva e líquida e que haja termo (...). O inadimplemento decorrerá, pura e simplesmente, da prática do ato” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 131-138).

³⁴³ Assim: “[n]ão havendo prazo assinado, o remédio do credor está na interpelação, notificação ou protesto. O denominador comum destes institutos de direito processual é a cientificação do devedor” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Editora Saraiva, 1953, p. 140).

³⁴⁴ Nessa linha: “além de serem mantidas todas as demais obrigações e cláusulas contratuais ajustadas (como as garantias do crédito), a execução pelo equivalente permite ao credor receber do devedor o valor equivalente à prestação apurado no momento em que ela deveria ter sido cumprida, sem prejuízo da indenização com base no interesse positivo. Isso significa que, se o objeto da prestação se valorizou até a data ajustada para o adimplemento, o credor receberá esse valor a maior (...)” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo*

sobre o bem da vida pactuado. O raciocínio é simples: se a oscilação for inerente à própria prestação *in natura*, a coisa passaria a integrar o patrimônio do credor justamente com base nesse montante; daí a coerência em se contabilizar, para o equivalente em dinheiro, essa variação.

Em segundo lugar, no que tange aos *parâmetros de acréscimo*, entende-se ser necessário, em complemento aos parâmetros objetivos, apurar se há bens acessórios ao objeto prestacional e a sua efetiva repercussão econômico-jurídica na definição do equivalente em dinheiro.³⁴⁵ Nesse sentido, em relação às obrigações de dar, a norma de direito material dispõe, nos termos do art. 233 CC, que: “[a] obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso”.

Ou seja, em regra, devem ser contemplados, nas obrigações de dar, também os acessórios à prestação. Na toada da apuração do equivalente em dinheiro à prestação, ressalvada tal regra na hipótese de ajuste contratual expresso, acredita-se que também o acessório há de ser mensurado por seu equivalente, diante do princípio da gravitação jurídica, que reconhece que o acessório deve seguir a sorte do principal: *accessorium sequitur principale*.³⁴⁶

Há de se considerar também a pactuação de cláusula penal moratória, nos termos contratuais. Desse modo, havendo cláusula penal moratória e, antes do advento do suporte fático do inadimplemento absoluto em concreto, tendo se caracterizado, por algum lapso temporal, o suporte fático da mora, em virtude de seu caráter transformista (art. 395 do Código Civil), a cláusula penal moratória deverá incidir durante o período entre a caracterização do suporte fático da mora e aquele no qual a coisa venha a se perder, transformando-se a mora no inadimplemento absoluto.³⁴⁷

equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

³⁴⁵ Assim: “Acessórios são os frutos, produtos, rendimentos, aquilo que for incorporado ao solo, benfeitorias ou melhoramentos, dispensada cláusula expressa para criar o dever de entregá-los, o qual decorre da própria lei” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 500).

³⁴⁶ Nessa linha: “Esta regra é o enunciado do chamado princípio de gravitação jurídica, que faz com que um bem atraia para sua órbita um outro que é o seu acessório e lhe comunique o seu próprio regime jurídico. (...) A norma jurídica que rege a principal estende-se à coisa acessória e ficam ambas sob o mesmo regime jurídico” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 196). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celia; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 194.

³⁴⁷ Nessa toada: “Com efeito, se há mora, incide a cláusula penal moratória; convertendo-se a mora em inadimplemento absoluto, passa a incidir a cláusula penal compensatória, independentemente de o credor optar pela execução pelo equivalente ou pela resolução – sem prejuízo de cumular-se com a cláusula penal moratória

O art. 411 do Código Civil dispõe que “[q]uando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

De fato, possuindo, a execução pelo equivalente, natureza de cumprimento do contrato, poderá o credor, ao perquirir o desempenho forçado da obrigação principal, subrogada em seu valor equivalente, também exigir a cláusula penal moratória que porventura tenha incidido no espaço de tempo entre o suporte fático da mora e o suporte fático do inadimplemento absoluto.³⁴⁸

O valor de base deverá ser fixado, portanto, na data em que estava previsto o adimplemento da prestação, considerando a valorização/desvalorização respectiva, somando-se, ainda, os acessórios, a não ser que exista ressalva contratual expressa quanto ao ponto, e acrescentando-se, ainda, o valor da cláusula penal moratória porventura pactuada, entre a data de caracterização da mora e o advento do inadimplemento absoluto.

Em terceiro lugar, devem ser considerados os *parâmetros de lapidação*, responsáveis por possíveis descontos que porventura devam incidir sobre equivalente em dinheiro, representados pela equalização do esforço do devedor (trabalho e dispêndio) e pela compensação da prestação devida pelo credor.

Deve-se apurar, de plano, a equalização do esforço do credor para que o objeto prestacional tenha atingido o valor respectivo, entre a data da conclusão do contrato e a data na qual a obrigação deveria ter sido cumprida. Para tanto, é preciso aferir a medida de trabalho e de custo na qual tenha ele incorrido, para que a prestação devida tenha atingido o seu valor de mercado na data em que deveria ter sido adimplida (ou na data da interpelação). É necessário lapidar o valor equivalente, promovendo-se a redução proporcional das rubricas que não integrariam o equivalente em dinheiro da prestação na data em que deveria ter sido adimplida, se não fosse pelo esforço do devedor de boa-fé.

A norma legal prevista no art. 237 do Código Civil, relacionada às obrigações de dar, dispõe que: “[a]té a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e

incidente até aquele momento da transformação da mora em inadimplemento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018).

³⁴⁸ Admitindo a cumulação da cláusula penal moratória com postura de cumprimento contratual, afirma-se que, “porque visa compelir o devedor a prestar regular e pontualmente a obrigação, pode ser, perfeitamente, cumulada com a exigência de cumprimento da obrigação principal” (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celia; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 753-754).

acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento do preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação”. Para adequar funcionalmente o enunciado normativo à hipótese da execução pelo equivalente e ao acertamento do montante respectivo, é necessário que a possibilidade de exigir *aumento do “preço”*, por parte do devedor, seja compreendida como *redução proporcional do “valor” equivalente*, reduzindo a dívida do devedor de acordo com os esforços por ele envidados.

O que se infere é que, “nas obrigações de dar, posse e propriedade da coisa caminham juntas, pelo que o legislador não entendeu por bem remeter ali expressamente à disciplina relativa à pose e às benfeitorias realizadas por possuidor (CC, art. 237)”,³⁴⁹ motivo pelo qual parece não ser necessário fazer alusão, neste ponto, ao regime específico das benfeitorias de boa-fé e má-fé, simplificando a análise sobremaneira. Assim, ao se apurar o valor de base da execução pelo equivalente, podem já estar contemplados nesse montante os melhoramentos porventura realizados pelo devedor, como exposto.

O devedor deve receber pelos esforços envidados e pelos custos no aformoseamento e melhoramento da coisa,³⁵⁰ que tenham majorado o seu valor de mercado na data do inadimplemento. Nesse caso, há de se promover a devida compensação com a redução do valor final, equivalente ao objeto prestacional.

Logicamente, essa previsão não tem o condão de franquear ao devedor, ciente de que lhe cabe, à luz da norma legal, perceber eventuais valores – ou obter descontos no valor equivalente por ele devido – pelo melhoramento no objeto prestacional, uma atuação abusiva e de todo disfuncional, praticando excessos para poder lograr benesses pecuniárias.

Portanto, há de se compensar o *devedor de boa-fé*, que promove melhorias visando à preservação e ao cuidado com o objeto prestacional, até o momento da tradição, sob pena de se admitir ao devedor resolver a relação entabulada. No entanto, não há de se dar o mesmo tratamento ao devedor oportunista, embebido em má-fé, que pretende locupletar-se às custas do credor. Esse controle funcional é deveras relevante.

Tenha-se em mente um exemplo básico, no qual o devedor de um veículo automotor, em um contrato de compra e venda com execução diferida, com tradição prevista para um prazo de dez dias a contar da data da conclusão do instrumento, ciente de que deverá receber os valores decorrentes do aformoseamento da coisa, sob pena de lhe ser franqueado o direito

³⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 69-70.

³⁵⁰ Para a doutrina “melhoramento é tudo quanto opera mudança para melhor, valorizando a coisa, dando-lhe mais utilidade, emprestando-lhe maior comodidade, atribuindo-lhe maior beleza, ou, por qualquer forma, melhorando as suas condições e o seu estado físico” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: parte geral* (Arts. 863-927), v. XI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 49).

de resolver o contrato, entende por bem trocar os bancos de tecido por bancos de couro, instalar uma central multimídia de última geração e substituir os pneus por pneus profissionais de determinada marca.

Não parece ser razoável: (i) sujeitar o credor a uma redução abusiva no equivalente em dinheiro ao referido veículo automotor (ou a pagar, em paralelo, o valor correspondente ao devedor), nos termos do art. 237 do Código Civil, que torne a ele deletéria a escolha idônea pelo remédio do cumprimento pelo equivalente, caso se caracterize o suporte fático do inadimplemento absoluto; ou (ii) sujeitá-lo, ainda, ao risco, caso não admita a redução proporcional no valor equivalente (ou a realização do pagamento em paralelo), de uma possível escolha do devedor por resolver a relação avençada, nos termos legais.

Ora, se o devedor promove melhorias “de luxo”, de natureza flagrantemente voluptuária, na coisa já alienada, ciente de que já é iminente o ato de tradição dessa coisa, com a finalidade espúria de poder vir a resolver contrato do qual talvez tenha se arrependido, ou de reduzir o valor equivalente porventura a ser pago ao credor (ou de receber em paralelo valor elevado sobre tais melhoramentos), em caso de inadimplemento absoluto, não parece ser possível, diante do flagrante abuso de direito, atribuir ao devedor tal gama de direitos.³⁵¹

Deve ser cabível ao credor pleitear a execução pelo equivalente, efetuando, quando muito (e se muito), desconto no equivalente ou pagamento ao devedor em montante razoável, correspondente aos custos básicos e ordinários com o melhoramento do bem, decotados os excessos de luxo.

Quanto aos frutos percebidos, estes, de fato, serão do devedor, dono da coisa até a tradição, tida como data prevista para o adimplemento; ao passo que os frutos pendentes, estes sim, caberão ao próprio credor, nos termos da norma legal. No entanto, caberá a majoração proporcional do valor equivalente, em benefício do credor, caso, abusivamente, o devedor tenha antecipado, de alguma forma, frutos pendentes que se aperfeiçoariam após a data prevista para o adimplemento, e se assim for possível fazer prova.³⁵²

³⁵¹ Nessa linha, a lição de Carvalho Santos: “De fato, quem, por exemplo, vende uma casa deve entregá-la no estado em que se encontra no ato de ser lavrado o contrato, não podendo mais executar discricionariamente obras, benfeitorias ou melhoramentos por mais vantajosos que sejam, com o intuito de cobrá-los depois. Equivaleria isso a conceder ao vendedor a faculdade de revogar o contrato, empregando, para atingir esse feito, o meio de fazer obras vultosas, que excedam às possibilidades financeiras do comprador. Pelo que nos parece referir-se o texto legal apenas aos melhoramentos ou aumentos que resultam de fatos naturais, ou de iniciativas de terceiros, e mais ainda às benfeitorias necessárias e úteis que se fizerem precisas para a conservação da coisa, que deve ser entregue ao credor” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*: parte geral (Arts. 863-927), v. XI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 49).

³⁵² Nesse sentido: “De fato, se o devedor percebe os frutos ainda verdes, antes da maturidade e do tempo, naturalmente abusa de seu direito, porque, praticando um ato que não lhe aproveitaria, com ele, todavia, prejudica o direito de outrem, no caso o credor, que, mais tarde, os poderia colher com proveito e vantagem”.

Não se faz alusão propriamente a um critério de apuração do valor equivalente, mas a um parâmetro de racionalização instrumental do tráfego econômico-jurídico. Assim, caso o credor já tenha prestado o valor que lhe cabia, o equivalente em dinheiro será pago integralmente, no valor da prestação. No entanto, caso o credor ainda não tenha efetuado a prestação, a fim de evitar tráfego jurídico e econômico desnecessário, caso a sua prestação seja também em dinheiro, entende-se ser possível a compensação parcial.

O art. 368 do Código Civil dispõe que “[s]e duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”, tendo por base “dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis” (art. 369 do Código Civil). É essa a hipótese. Sendo o credor, portanto, devedor, por exemplo, de 100 moedas, e cabendo ao devedor prestar, com base no valor equivalente à prestação, o valor de 150 moedas, considerando-se que aquele ainda não tenha efetuado a sua prestação, parece ser desnecessário um tráfego econômico de prestação pelo credor apenas para caracterizar requisito formal da execução pelo equivalente.

Não faz sentido impor ao credor que preste 100 moedas, quando tem a receber 150 moedas. Pela ótica singela da compensação, não tendo prestado o credor, parece ser razoável se admitir que deixe ele de prestar e receba a diferença a maior, notadamente, as 50 moedas. Dessa maneira, o efeito prático será o mesmo: será como se credor já tivesse recebido 150 moedas, decorrentes da prestação do devedor, e o devedor, 100 moedas, decorrentes da prestação do credor, considerando-se, apenas por razões lógicas e econômicas, a compensação efetiva. Sem dúvida, esse critério de racionalização facilita o tráfego jurídico e econômico, reduzindo, inclusive, os custos envolvidos na operação.

No mais, em relação à correção monetária e aos juros de mora correlatos ao equivalente em dinheiro, como disposto no capítulo 3.1.1.2.3, acredita-se que ambos os consectários devem ser aplicados a partir da data do inadimplemento absoluto, momento a partir do qual a dívida será transformada, por sub-rogação real, do bem da vida *in natura* em seu equivalente em dinheiro.

Há de se apurar, ainda, eventual incidência da rubrica relacionada à indenização a título de perdas e danos. São esses os parâmetros sugeridos para a definição do valor equivalente, caso não exista valor pré-fixado ou critério previamente ajustado.

Reconhece-se, assim, que deverá, então, o devedor responder “pagando ao credor o valor desses frutos, que abusivamente colheu em prejuízo do credor”. (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: parte geral* (Arts. 863-927), v. XI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 51-52).

3.2 “Execução” pelo equivalente

Em arremate ao que até aqui se expôs, convém consignar que, ao se discorrer sobre uma “execução” pelo equivalente, não se quer afirmar necessariamente que o cumprimento da prestação frustrada em definitivo, com base no respectivo equivalente em dinheiro, deverá ser deflagrado exclusivamente a partir de uma execução de título extrajudicial, com viés de imposição forçada de cumprimento, possuindo, o credor, em mãos, em todos os casos, um título executivo extrajudicial formal.

Não se nega que, em regra, ao se falar em “execução”, se está, de fato, a buscar a tutela jurisdicional do aparato estatal com força coativa para o cumprimento de uma prestação inadimplida.³⁵³ E no caso da execução pelo equivalente, de fato, o que se busca é o valor equivalente ao objeto da relação contratual, em virtude da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto. Visa-se, portanto, sim, ao *cumprimento* forçado da prestação, eis que não mais possível o cumprimento voluntário, ante a desídia do devedor.

Assim, diante da resistência/impossibilidade do devedor em cumprir o avençado originalmente, por fato a ele imputável, a única alternativa franqueada pelo ordenamento jurídico ao credor, diante da impossibilidade de exercer arbitrariamente suas razões, ressalvada a possibilidade de pactuação de cláusula resolutiva expressa, que também não permite o efetivo cumprimento do contrato, é se utilizar da jurisdição estatal, valendo-se de remédio contratual próprio franqueado pelo ordenamento jurídico brasileiro à luz do suporte fático respectivo.³⁵⁴

³⁵³ Ao buscar o significado do vocábulo “execução”, no “Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito”, remete-se à expressão “poder”. Desta, extraem-se dois significados relevantes, atrelados, portanto, à execução como um poder: (i) sentido geral: “a capacidade de levar uma ou várias pessoas a agir, individual ou coletivamente, da maneira desejada”; e (ii) sentido jurídico: “a aptidão de fazer atos determinados que uma pessoa ou um organismo possui, em virtude, quer de uma disposição legislativa ou regulamentar, quer de um contrato, quer de uma sentença de um tribunal, quer de um testamento, ou de outro ato que tenha um alcance jurídico” (ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 590).

³⁵⁴ Nesse sentido, a lição de Fredie Didier Jr.: “O direito a uma prestação precisa ser concretizado no mundo físico; a sua efetivação/satisfação é a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Como a autotutela é, em regra, proibida, o titular desse direito, embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivar o seu direito. Tem, assim, de recorrer ao Poder Judiciário, buscando essa efetivação, que, como visto, ocorrerá com a concretização da prestação devida. Busca, portanto, a *tutela jurisdicional executiva*” (DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*, v. 5, 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 26).

A ressalva que se pretende fazer é bastante singela: a tutela heterônoma do poder estatal, ora pretendida, não necessariamente terá de ser sempre deflagrada pelo credor pela via processual executiva.³⁵⁵ Não é isso o que quer significar o vocábulo “execução”, do remédio contratual da execução pelo equivalente. A tutela jurisdicional executiva, por certo, será o fim buscado, mas nem sempre o processo de execução será um meio possível.

É que, mesmo diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, pode ocorrer de o contrato firmado entre as partes *não* preencher os requisitos formais específicos (art. 784, inciso III, do Código de Processo Civil) para que possa ser qualificado como título executivo. E a norma processual é bastante clara: nos termos do art. 778 do Código de Processo Civil, só “pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo”. Dispõe, ainda, o art. 783 do Código de Processo Civil, que “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”, sob pena de nulidade (art. 803, inciso I, do Código de Processo Civil).

Interpretar o vocábulo “execução”, do instituto “execução pelo equivalente”, como sinônimo execução de título extrajudicial, representaria, portanto, a desidratação e mitigação de sua verdadeira função de cumprimento, limitando a sua instrumentalização apenas para hipóteses nas quais o instrumento contratual pactuado entre as partes seja caracterizado legalmente como título executivo extrajudicial. E mais: quando dele for possível se extrair dívida líquida e certa, já exigível. No entanto, nem sempre será assim.

Não parece ser esse o caminho para a chancela funcional da execução pelo equivalente, nos termos postos nos capítulos anteriores. Ora, contratos não caracterizados formalmente como títulos executivos continuam a ter natureza jurídica de contratos, representativos, pois, de negócios jurídicos inerentes a uma relação jurídica complexa firmada entre credor e devedor; verdadeira fonte de créditos e de débitos em relação aos quais tem, o devedor, responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento, sujeitos, pois, à demanda de cumprimento. A relação é de causa e efeito.

Ora, não poderia o credor que ainda guarda interesse útil no cumprimento da obrigação com base em seu valor equivalente valer-se do cumprimento pelo equivalente, tão somente pelo fato de ter firmado um contrato sem enquadramento formal como título executivo? Não poderia o credor se valer da tutela jurisdicional estatal para buscar o valor

³⁵⁵ Nesse sentido, o conceito técnico de execução para Leonardo Greco: “Em consequência do aqui exposto, pode-se definir a execução como a modalidade de tutela jurisdicional consistente na prática pelo juiz ou sob o seu controle de uma série de atos coativos concretos sobre o devedor e sobre o seu patrimônio, para, à custa dele e com ou sem o concurso de sua vontade, tornar efetivo o cumprimento da prestação por ele inadimplida, desde que previamente constituída na forma da lei” (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 164).

equivalente por ainda não existir certeza e liquidez a respeito do *quantum* a ser pleiteado sob tal rubrica? Em suma: a execução pelo equivalente seria impossível nesses casos?

A resposta é negativa. Especialmente tendo por base o disposto no art. 475 do Código Civil, que permite ao credor impor ao devedor – como visto, como verdadeiro direito potestativo – o cumprimento da prestação pelo valor equivalente.

Daí se observa claramente que vincular o conceito de execução pelo equivalente à ótica processual da execução de título extrajudicial representaria a desnaturação das células funcionais que dão azo à fisiologia do direito material do credor, assim chancelado nos termos da norma legal. Com o perdão da interlocução, seria cogitar da clausura de uma função remedial idônea em decorrência de uma singela terminologia estrutural, o que em hipótese alguma, diante de todo o exposto no presente estudo, se poderia admitir.

Uma interpretação capaz de enquadrar a execução pelo equivalente no conceito restrito de execução de título extrajudicial retrataria tratamento discriminatório entre credores, o que não permite o art. 5º, inciso XLI, que proíbe “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, entre elas, notoriamente, o regular exercício do direito de ação, subjetivo, público, autônomo e abstrato, de se pleitear o exercício da tutela jurisdicional para lograr o acesso à prestação, com base em seu equivalente em dinheiro.

Não obstante, a norma prevista no art. 1º do Código de Processo Civil é clara: “[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Podem existir, ainda, situações nas quais o credor, mesmo portando um instrumento contratual caracterizado como título executivo extrajudicial, que retrate dívida líquida, certa e exigível, prefira constituir um título executivo judicial. Nessa toada, o art. 785 do Código de Processo Civil é claro ao dispor que “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”.

Portanto, o credor que “executa” pelo equivalente deve poder buscar o cumprimento da prestação frustrada pelo seu equivalente em dinheiro: (i) pela via da ação pelo procedimento comum,³⁵⁶ alcançando, após a constituição do título executivo judicial, a oportuna fase de cumprimento de sentença, buscando oportunamente a tutela jurisdicional

³⁵⁶ A possibilidade de ajuizamento de ação judicial pelo procedimento comum é reconhecida por Araken de Assis, embora o autor a considere, na ausência do título executivo, uma “árdua e prévia batalha”: “[s]em a exibição de título executivo, documento indispensável à propositura de execução, com tal demanda o parceiro fiel não pode ingressar sem a árdua e prévia batalha do processo de conhecimento” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37).

executiva; e (ii) via procedimento arbitral, no qual se reconhecerá o suporte fático do inadimplemento absoluto, a ser posteriormente objeto de execução de título judicial, perante o Poder Judiciário.³⁵⁷

E sob tal perspectiva, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de também se franquear ao devedor a possibilidade de apresentar sua defesa por meio dos veículos processuais específicos, notadamente, no bojo: (i) de uma contestação, (ii) de uma impugnação ao cumprimento de sentença, (iii) de uma exceção de pré-executividade (a depender da natureza da matéria de defesa) e/ou (iv) de embargos à execução.

A compatibilização sistemático-axiológica entre direito material e direito processual parece ser bastante cristalina na execução pelo equivalente, uma vez que, nesta senda, diferentemente do remédio resolutorio, o que se busca, com o cumprimento pelo equivalente, é, de fato, o cumprimento forçado do objeto prestacional da relação jurídica, sub-rogado em seu equivalente econômico-financeiro, diante de uma resistência injusta já manifestada pelo devedor, no tocante ao cumprimento do objeto prestacional *in natura*.

A natureza de cumprimento da execução pelo equivalente é evidente e o seu tratamento instrumental nas vias próprias não pode ensejar qualquer cerceamento ao exercício regular do direito de ação e tampouco promover uma discriminação interna entre credores, tão somente em razão da natureza do instrumento contratual.

Para os fins deste estudo, portanto, o vocábulo “execução”, de execução pelo equivalente, quer significar o *cumprimento forçado* com espeque na tutela jurisdicional estatal, que tem como finalidade o alcance da tutela jurisdicional executiva oportuna, mas não necessariamente e em qualquer hipótese, por meio de uma execução de título extrajudicial predisposta obrigatoriamente, o que nem sempre será possível.

³⁵⁷ Em entendimento com o qual se compactua, nos termos deste estudo, Araken de Assis faz alusão genericamente a uma ação de cumprimento: “A ‘ação de cumprimento’ representa o exercício da pretensão à prestação, através da qual o contratante lesado a reclama *in natura* ou pelo equivalente pecuniário, e terá natureza condenatória ou executiva” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36).

CONCLUSÃO

Buscou-se apresentar, neste estudo, uma visão ampla a respeito do remédio da execução pelo equivalente, previsto nos termos do art. 475 do Código Civil, diante da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto, seja pela impossibilidade definitiva e imputável ao credor, de entregar o objeto prestacional avençado, seja pela frustração do interesse útil do credor em virtude da inexecução imputável ao devedor.

Mais do que apresentar esse remédio contratual e fornecer elementos para a definição de seu suporte fático, de sua operatividade, de seus efeitos e do próprio equivalente em dinheiro, buscou-se apresentar a sua instrumentalização em concreto, com a sugestão de meios para definição do equivalente em dinheiro, e de critérios gerais para essa finalidade, apresentando-se, ao final, uma análise a respeito do vocábulo “execução” e explorando a sua correlação com o que realmente se pretende alcançar com a execução pelo equivalente.

No Capítulo 1, foram apresentadas as bases axiológicas que passaram a permear o ordenamento jurídico nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, irradiando sua axiologia humanista e solidarista por todas as áreas do direito, inclusive, agindo diretamente na seara do direito das obrigações, um dos mais sujeitos, ainda, aos resquícios do individualismo, privatismo e materialismo das revoluções burgueses, nos termos do Código Civil de 1916, a despeito da notória evolução.

Foram analisadas as nuances do direito das obrigações ao longo do tempo e as mudanças hodiernamente experimentadas em seus elementos estruturais, com a materialização de uma efetiva e relevante resignificação axiológica, a qual permite atribuir à matéria maior dinamismo em detrimento de sua projeção estática clássica, à luz do atendimento de sua função dentro da axiologia constitucional.

Demonstrou-se a alteração da perspectiva do elemento subjetivo, baseado historicamente na subjugação do devedor à pessoa do credor, que deu lugar à noção de situações jurídicas subjetivas complexas, que trazem consigo, além de direitos e deveres para todos os seus titulares, categorias diversas, como ônus e faculdades, entre outras.

A toda evidência, credores e devedores, na condição de titulares de situações jurídicas subjetivas complexas ativa e passiva, respectivamente, possuem, não apenas direitos ou deveres, mas sim, direitos e deveres. Desse modo, tanto credor quanto devedor devem agir de maneira simbiótica, direcionando a obrigação em sentido ao seu efetivo cumprimento, com uma postura cooperativa.

O vínculo jurídico, igualmente um conceito clássico da vertente estrutural do direito das obrigações, não foi simplesmente banido do sistema jurídico – e nem seria possível –, mas revisitado, passando não mais a encampar uma noção linear de cumprimento, mas sim, uma noção orgânica, sob a ótica da relação jurídica obrigacional complexa, que liga situações jurídicas subjetivas ativa e passiva, a partir de um centro de interesses, direcionado ao cumprimento da avença pactuada, à luz da axiologia constitucional.

Essa noção guarda relação direta com o conceito de obrigação como processo, apresentado por Clovis V. do Couto e Silva, de acordo com o qual a relação obrigacional é desenvolvida a partir de atos complexos e concatenados, organizados de maneira sucessiva, polarizada em direção ao efetivo adimplemento. Para o presente estudo, a noção de obrigação como processo tem perfeito encaixe, cogitando-se, justamente, da necessidade de que essa concatenação de atos complexos praticados por credor e devedor ocorra sob uma lógica comum, visando ao resultado útil programado de maneira cooperativa e solidária, à luz da boa-fé objetiva.

Sob tal perspectiva, demonstrou-se que, nas relações obrigacionais de fonte contratual, é possível que, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, com a frustração em definitivo do objeto prestacional, seja pela impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor, ou pela perda do interesse útil do credor, nem sempre a previsão ordinária de remédios atenderá efetivamente, como em um mecanismo de perfeito encaixe.

O entendimento a respeito da deflagração de uma tríplice transformação do adimplemento, em relação ao seu conceito, ao tempo e aos seus efeitos, apresenta-se com grande relevância para este estudo. Isso porque, essa dinâmica é capaz de demonstrar que nem sempre o ordenamento jurídico brasileiro, com base na normativa inerente ao direito das obrigações, apresentará soluções consentâneas e estanques, à luz do novo tecido que traveste hodiernamente as relações de direito privado sob a ótica funcional.

Veja-se, por exemplo, a figura do adimplemento substancial, que impede que o credor, mesmo diante da caracterização do inadimplemento absoluto, possa se utilizar do remédio resolutorio, expressamente previsto para tal momento contratual patológico, quando, funcionalmente, o cumprimento por parte do devedor tenha se dado de tal maneira que, cogitar-se do remédio resolutorio caracterizaria punição extrema. Admite-se, então, que o credor busque a complementação de seu crédito, mas não podendo resolver a relação contratual avençada, diante do substancial cumprimento da prestação.

No mesmo sentido, a figura do inadimplemento anterior ao termo, que permite que sejam antecipados os efeitos do suporte fático do inadimplemento absoluto, permitindo-se ao

credor que se utilize, também sob a ótica funcional, do remédio resolutório, mesmo quando, apenas formalmente, o termo contratual ainda não tenha sido atingido, mas quando já se tenha a certeza de que, mesmo com base em esforços descomunais e extraordinários, ou diante de uma manifesta declaração do devedor, o objeto prestacional está definitivamente frustrado.

Nesse diapasão, também o instituto do período de graça, que permite que o credor confira ao devedor em mora prazo para o adimplemento de acordo com a forma, tempo e lugar, sob pena de, transcorrido o prazo adicional estabelecido, caracterizar-se o suporte fático do inadimplemento absoluto, admitindo-se, então, a aplicação do remédio resolutório, mesmo diante de um cenário primitivo de mora.

Diante desse contexto de significativas alterações na estrutura do direito das obrigações, em prol do atendimento de sua função, à luz da axiologia constitucional, sob uma dinâmica capaz de observar a relação obrigacional como um processo, e da difusão da ideia de tríplice transformação do adimplemento/inadimplemento, admitindo o surgimento de novos institutos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, como o adimplemento substancial, o inadimplemento anterior ao termo e o período de graça, admite-se que também institutos jurídicos e remédios contratuais possam ser descobertos em enunciados normativos já há muito presentes no sistema jurídico, mas que não eram endereçados com a devida roupagem, talvez por desconhecimento ou por mera desnecessidade.

O Capítulo 1 deste estudo, portanto, se dedicou a demonstrar que o remédio contratual da execução pelo equivalente já estava contido no ordenamento jurídico brasileiro, mas foi convocado a atuar em virtude da necessidade de se franquear ao credor alternativa funcional ao remédio extremo da resolução. Viu-se que tal previsão decorre da interpretação singela do art. 475 do Código Civil, do qual se extrai que “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”.

O Capítulo 2 dedicou-se a, em corroboração ao Capítulo 1, apresentar tecnicamente o suporte fático, a operatividade e os efeitos gerados pelo remédio da execução pelo equivalente no sistema jurídico nacional.

A análise teve por base a proposição de uma interpretação lógico-sistemática e funcional do art. 475 do Código Civil, para compatibilizar a previsão remedial nele contida com o suporte fático que permite a sua incidência, a fim de demonstrar que, de fato, a expressão legal “exigir-lhe o cumprimento” quer se referir ao único cumprimento possível diante da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto: o cumprimento com base no equivalente em dinheiro ao objeto prestacional que se frustrou.

É simples: a resolução é remédio a ser utilizado diante do suporte fático do inadimplemento absoluto. Desse modo, um remédio que seja a ela alternativo, em hipótese alguma poderia guardar relação direta com suporte fático diverso, como por exemplo, com o inadimplemento relativo (mora). Necessariamente, há de se interpretar como alternativa ao remédio resolutório um remédio consentâneo com a frustração definitiva (e imputável ao devedor) do objeto prestacional.

O remédio da execução específica, nesse contexto, já não mais será logicamente possível, por guardar relação com o suporte fático da mora, somente sendo viável, sistematicamente e funcionalmente, o cumprimento pelo sucedâneo em dinheiro do objeto prestacional original.

Também foi apresentado, por se acreditar ser deveras salutar e academicamente alvissareiro o debate, o entendimento de doutrina que defende não ser possível se falar em uma execução pelo equivalente em dinheiro, ao argumento de que, nesse contexto, se estaria a frustrar a causa contratual e o sinalagma originalmente formado, de tal maneira que, diante do suporte fático do inadimplemento absoluto, o remédio resolutório será, de fato, o único disponível ao credor.

Buscou-se afastar as bases dessa doutrina demonstrando que o nexos de correspectividade prestacional que integra o sinalagma ainda existirá mesmo com o cumprimento da prestação com base em seu equivalente em dinheiro. No mais, demonstrou-se, ainda, que não se pode confundir o remédio alternativo previsto no art. 475 do Código Civil com a execução específica e tampouco se poderia considerar o remédio resolutório como “remédio único” para o suporte fático do inadimplemento absoluto. Trata-se, a bem dizer, necessariamente, de previsão legal própria do remédio da execução pelo equivalente.

Na sequência, demonstrou-se que o remédio da execução pelo equivalente operacionaliza-se à luz da patrimonialidade da prestação, ínsito à própria relação obrigacional, e ao binômio débito-responsabilidade, admitindo-se que, diante da carga patrimonial que deve possuir o objeto prestacional – de fato, embora o interesse envolvido na relação obrigacional possa não ter natureza eminentemente patrimonial, o seu objeto deve possuir patrimonialidade –, possa, o credor, direcionar a sua frustração quanto ao cumprimento da prestação ao patrimônio do credor. É isso, inclusive, o que se pode extrair do art. 391 do Código Civil e do art. 789 do Código de Processo Civil.

Sob essa perspectiva, também foram apresentados os efeitos próprios que ocorrem quando da escolha, pelo credor, quanto à utilização do remédio da execução pelo equivalente, que autorizam a conversão do objeto prestacional em seu equivalente em dinheiro,

notadamente, a figura da sub-rogação real, que permite a transformação objetiva e pontual do traçado originário da relação obrigacional avençada, em relação ao próprio objeto mediato, com a manutenção da relação jurídica originária em todos os seus demais termos.

No mais, apresentou-se a diferença entre a perspectiva da execução pelo equivalente, tendo por base a dicotomia entre a responsabilidade civil e a responsabilidade que segue o débito, como acima exposto. Essa análise foi necessária por dois motivos: em primeiro lugar, para demonstrar que o valor equivalente não representa, diretamente, as perdas e danos, sob a ótica da responsabilidade civil, mas rubrica própria e correspondente diretamente ao objeto prestacional, que pode ser cumulada, a depender do caso concreto, com as perdas e danos, nos termos do art. 475 do Código Civil; em segundo lugar, para dialogar com doutrina que, como apresentado neste estudo, compactua com a existência e relevância de uma execução pelo equivalente, mas baseando tal remédio contratual em base jurídica diversa, atrelada à responsabilidade civil, partindo do conceito de “dano mínimo” decorrente automaticamente do inadimplemento.

Para dialogar com essa relevante doutrina, que reconhece a execução pelo equivalente como remédio contratual previsto no art. 475 do Código Civil, mas sob a ótica do dever de indenizar, foi necessário buscar como se pode definir do vocábulo “valor”, previsto no art. 947 do Código Civil, nestes termos; “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Assim, demonstrou-se que tal expressão, para os fins deste estudo, guarda relação com a própria prestação, e não com eventual indenização a ser paga ao credor, não se confundindo a prestação propriamente dita com seu correspondente indenizatório, a título de perdas e danos, com o qual, inclusive, o equivalente poderá ser cumulado, a depender do caso concreto, admitindo-se, nesse sentido, inclusive, a aplicação da cláusula penal e as reservas próprias às cláusulas exoneratória e limitativa de responsabilidade civil.

Reconheceu-se, por fim, que a indenização devida a título de perdas e danos deve ser baseada no interesse positivo e não no interesse negativo. Isso porque, como se busca o efetivo cumprimento do contrato entabulado, embora com base na perspectiva de se alcançar um objeto prestacional remodelado pelo valor pecuniário do bem da vida originalmente perquirido pelo credor, é necessário que se busque a posição na qual estaria o credor caso o contrato tivesse sido efetivamente cumprido, ainda que com base em seu correspondente em dinheiro.

No Capítulo 3, buscou-se apresentar sugestões de meios para definição do equivalente em dinheiro e critérios gerais para a sua efetiva quantificação. Em arremate, também se

abordou o que se entende pela expressão “execução”, contida no *nomen iuris* do remédio da execução pelo equivalente.

Nessa toada, foram sugeridos meios contratuais e judiciais para a definição do valor equivalente. No tocante aos meios contratuais, foram indicadas possíveis cláusulas contratuais capazes de realizar a gestão positiva e negativa de riscos inerentes à álea normal do contrato. No tocante ao meio judicial, foram indicadas as vias da liquidação, por perito, ou do arbitramento, pelo juiz; sem desconsiderar a possibilidade de liquidação do equivalente pelo árbitro.

Quanto à gestão de riscos contratuais, para a finalidade mediata de fixação do equivalente em dinheiro, foram sugeridas cláusulas contratuais específicas, tendo por base o disposto no art. 421-A, inciso II, do Código Civil, do qual se extrai que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”.

Em gestão positiva de riscos, sugeriu-se a definição de um valor correspondente ao equivalente em dinheiro pelas partes, seja ele fixo ou não, já na largada; notadamente, quando da conclusão da avença. Dessa maneira, confere-se previsibilidade às partes no tocante ao eventual cenário de inadimplemento absoluto, caso queira, o credor, se valer do remédio do cumprimento pelo equivalente em dinheiro.

Sob a ótica do contrato propriamente dito, trata-se de instrumento relevante, por atribuir condão de previsibilidade no tocante ao momento patológico do contrato, caso este venha a se caracterizar. Para o credor, trata-se de um benefício direto pois já terá em mãos o valor líquido correspondente ao objeto prestacional. Para o devedor, a previsibilidade lhe permitirá já provisionar e contingenciar eventuais valores para o possível advento do suporte fático do inadimplemento absoluto.

No tocante à gestão negativa de riscos contratuais, foi sugerida a utilização da técnica dos “contrato incompletos”, fazendo-se expressa alusão ao fato de que não faz parte do objeto deste estudo debater esse instituto jurídico, enfatizando-se, ademais, tratar-se de escolha didática e metodológica, de tal maneira que a definição da gestão negativa de riscos contratuais não necessariamente dependerá sempre dos “contratos incompletos”, admitindo-se, assim, a interpretação mais geral pelo leitor, para uma ampla gestão negativa de riscos.

A finalidade da gestão negativa de riscos, nestes termos, é permitir às partes contratantes que já consigam prever um cenário de inadimplemento absoluto no momento da conclusão do contrato, estabelecendo, desde já, notadamente, *ex ante*, parâmetros para a futura definição do equivalente em dinheiro, que ocorrerá *ex post*. Assim, as partes já terão ciência a respeito dos meios a serem utilizados para apuração do equivalente em dinheiro à

prestação frustrada, caso se caracterize o aludido suporte fático, e caso o credor entenda por se utilizar do remédio contratual da execução pelo equivalente.

Os meios sugeridos foram aqueles indicados nos artigos 485, 486 e 487 do Código Civil, à luz de uma releitura funcional que se lhes permita aplicar não apenas ao preço, em contratos de compra e venda, mas também ao “valor” inerente à prestação. Entre os meios, foram indicados: (i) “arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar” (art. 485 do Código Civil); (ii) “taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar” (art. 486 do Código Civil); e (iii) “índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação” (art. 487 do Código Civil). Esses meios são utilizados “por empréstimo”.

Em complemento, também se sugeriu a definição *ex ante*, pelos contratantes, no sentido de que, eventualmente sendo deflagrado o suporte fático do inadimplemento absoluto em concreto, ambos definirão em conjunto (bilateralmente) o equivalente em dinheiro, especialmente em relações jurídicas marcadas por maior grau de cooperação – reconhecendo-se que tal meio não se destina exclusivamente a elas –, em que as partes pretendem manter a equação ampla do contrato, não se lhes afigurando benéfico o remédio resolutório do contrato firmado, diante do inadimplemento absoluto parcial, apenas em relação a algumas das prestações pontuais, a exemplo do contrato de distribuição.

Para ilustrar o exposto, citou-se como exemplo do que se poderia enquadrar na figura do remédio da execução pelo equivalente, em alternativa ao remédio resolutório, a cláusula de *Wash-out*, comum em contratos de compra e venda de *commodities* a termo. Apurou-se assim que, pela dinâmica da cláusula, é possível considerar que a sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, além daquelas apresentadas pela doutrina especializada, também poderá se dar com as vestes da natureza jurídica do remédio da execução pelo equivalente, aplicando-se, assim, o meio previsto no art. 486 do Código Civil para a apuração do equivalente em dinheiro.

Também se demonstrou ser possível a fixação do equivalente em dinheiro com base na atuação judicial, seja em fase de liquidação, a ser realizada por um perito, ou a partir do arbitramento, a ser efetivado por um juiz; ou mesmo pelo árbitro. Nessa dinâmica, três cenários são possíveis.

É o caso do credor que possui um título executivo extrajudicial assim formalmente caracterizado, e ajuíza execução de título extrajudicial para obtenção da tutela específica, mas o bem objeto do contrato, por exemplo, vem a se perder, transformando-se a mora em inadimplemento absoluto. Assim, é permitido, nos termos do art. 809, *caput* e incisos I e II,

do Código de Processo Civil, que seja liquidado o valor correspondente à prestação por um perito, em liquidação, ou pelo juiz, por arbitramento.

Na mesma linha, se situa o credor que eventualmente possua um título executivo judicial concernente a uma sentença arbitral (art. 515, inciso VI, do Código de Processo Civil), que tenha reconhecido o suporte fático do inadimplemento absoluto a favor do credor, e venha buscar a sua liquidação prévia, nos termos do art. 515, §1º, do Código de Processo Civil, judicialmente, para posterior deflagração de seu cumprimento pelo equivalente, caso esse valor não tenha liquidado na esfera arbitral.

Também se encontra o credor que tenha porventura ajuizado ação judicial pelo procedimento comum (art. 318 do Código de Processo Civil), logrando título executivo judicial concernente ao reconhecimento do suporte fático do inadimplemento absoluto, e que, em processo sincrético, busque a instauração da fase de liquidação de sentença (art. 509 e seguintes do Código de Processo Civil) para lograr a definição do valor equivalente, ante a iliquidez de seu título, para que possa embasar, na sequência, a fase de cumprimento de sentença (art. 523 e seguintes do Código de Processo Civil).

Em complemento, foram apresentados critérios gerais para a efetiva quantificação do valor equivalente, os quais se entende que podem utilizados por todos os responsáveis pela apuração do equivalente em dinheiro, sejam as partes, terceiros previstos em contrato, o perito judicial e o juiz.

Foram listados, com essa finalidade, três critérios gerais, notadamente: (i) parâmetros de definição objetiva, relacionados ao valor da própria prestação no momento da caracterização do suporte fático do inadimplemento absoluto (*mora ex re/mora ex persona*), que englobam também a valorização ou desvalorização da coisa entre a conclusão do contrato e data do inadimplemento absoluto; (ii) parâmetros de acréscimo, referentes aos acessórios à prestação principal e à eventual incidência da cláusula penal moratória; e (iii) parâmetros de lapidação, atrelados a descontos decorrentes do esforço do devedor e à prestação do próprio credor. No mais, também foram apresentados parâmetros para correção monetária e aplicação dos juros de mora.

Por fim e em arremate, também se demonstrou que o vocábulo “execução”, do remédio da execução pelo equivalente, tem como finalidade demonstrar a necessidade de o credor se socorrer de tutela heterônoma, perante o Poder Judiciário, para lograr o acesso ao objeto prestacional remodelado, correspondente ao valor equivalente em dinheiro ao bem da vida originalmente pactuado.

Nesse contexto, pode, o credor detentor de título executivo formal, assim legalmente definido, mover execução de título extrajudicial por quantia certa. No entanto, não sendo, o instrumento contratual que dá azo à avença um título executivo extrajudicial formal, nos termos legais, não se pode simplesmente impedir o credor de ter acesso à tutela pelo equivalente em dinheiro, sob pena de tratamento discriminatório e inconstitucional entre os credores (art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988).

Poderá o credor ajuizar ação pelo procedimento comum, para que seja definido o suporte fático do inadimplemento absoluto e, então, possa, oportunamente, buscar o cumprimento forçado da prestação por seu valor em dinheiro, aí sim, pelo procedimento executivo próprio, à luz de atos de coação estatal e de natureza expropriatória. No mais, a norma legal também é expressa em admitir que o credor interessado em mover ação pelo procedimento comum, mesmo que detenha em mãos um título executivo, poderá adentrar o Poder Judiciário com base em ação judicial pelo procedimento comum, a corroborar o que se expôs acima.

É dessa maneira que, para os fins deste estudo, entende-se o remédio da execução pelo equivalente em dinheiro, apresentado à luz de seu suporte fático, de sua operatividade, de seus efeitos e com a sugestão de meios e critérios para a quantificação do equivalente em dinheiro.

REFERÊNCIAS

ABILIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 531-564.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1953.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ARNAUD, André-Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1977.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-424.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clovis Bevilacqua*, v. 4. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958.

BICHARA, Maria Carolina. O interesse do credor na prestação como critério de distinção entre as hipóteses de execução específica e execução pelo equivalente pecuniário. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 29-50.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. Juros moratórios na teoria do inadimplemento: em busca de sua função e disciplina no direito civil. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 451-480.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 423-443.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo manual de direito comercial: direito de empresa*, 31. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações, contratos e negócios unilaterais*, v. 7. Coimbra: Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, v. 9, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 119-148.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DE AQUINO JR. Geraldo Frazão. O direito contratual e a marcha da constitucionalização entre ouriços e raposas. In: *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 419-439.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 2, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Sentença parcial de mérito na arbitragem. In: FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís (Coords.). *Temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 149-188.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

GAMA, Clairton Kubassewski. Os contratos a termo e soja à luz da behavioral law and economics. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5, ano 7, p. 513-548, set./out. 2021.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2019.

JANSEN, Letácio. *A face legal do dinheiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 265-298.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução: Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 8. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. 1, 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações: transmissão e extinção das obrigações; não cumprimento e garantias do crédito*, v. 2, 12. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: contratos em geral até doação (arts. 421 a 564)*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016, t. I.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

LUSTOSA, Pedro Franco. O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil. In: DO RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 245-288.

MANSUR, Rafael. *Execução pelo equivalente pecuniário: tutela do credor frente ao inadimplemento absoluto das relações negociais*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/336009/execucao-pelo-equivalente-pecuniario--tutela-do-credor-frente-ao-inadimplemento-absolute-de-obrigacoes-negociais>>. Acesso em 18. Out. 2021.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 313-338.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade Contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409-431.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações (Arts. 389 a 420)*, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 2.

MARTINS-COSTA, Judith; CARLOS BRANCO, Gerson Luiz. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 1, ano 1, p. 1.247-1.299, jan./fev. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith; XAVIER, Rafael Branco. A cláusula de Wash-out. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 785-817.

MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 979, p. 215-241, mai. 2017.

MATIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-186.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1911.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262-281.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 1ª parte, v. 4*. São Paulo: Saraiva, 1986.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações, v.4, 1ª parte, 21. ed.* São Paulo: Saraiva, 1987.

NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 343-382.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; GEDEIL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3-22.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações, v. 2*, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil, v. 1*, 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo: Almedina, 2017.

PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de não indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PERES, Tatiana Bonatti. *Solidariedade e abuso de direito: a urgente necessidade de retomada dos valores morais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-11.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. 9. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso de direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Pontes de. *Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução: Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

QUINTAS, Paula. *Manual prático de direito das obrigações*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

REGIS, Erick da Silva. Comentários ao EREsp nº 1.280.825/RJ: a execução pelo equivalente e os termos do art. 475 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 181-210, jul./set. 2020.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, v. 3, 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 13-40.

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99-124.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: parte geral (arts. 863-927)*, v. XI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: direito das obrigações (Arts. 1.122-1.187)*, v. XVI, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (de pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

SCHREIBER Anderson; et. al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 3-27, out./dez. 2007.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-24.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do adimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v.2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 1-40.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1995.

SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusulas limitativas ou excludentes do dever de restituir: estudo a partir da releitura funcional dos efeitos da resolução. In: DE SOUZA, Eduardo Nunes; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 663-700.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 286-288.

SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 379-432.

SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. *Adimplemento substancial: parâmetros para a sua configuração*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 35-91, abr./jun. 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Contribuições da causa do negócio jurídico para a disciplina do inadimplemento contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 83-120.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 75-107, abr./jun. 2014.

SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro de. *Período de graça: o prazo adicional para adimplemento e o direito de resolução extrajudicial em caso de persistência do inadimplemento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 297-342.

STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 745. Na mesma linha: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-406.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, 17-35.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº. 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas Cueva; FRAZÃO, Ana (Coords.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 487-513.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 155.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo final dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, v. 21, n. 1, p. 55-86, mar. 2017. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27842/20713>. Acesso em: 17. Abr. 2022.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020.

TERRA, Aline; SCHENK, Leonardo. Inafastabilidade da jurisdição e autotutela: o exemplo da cláusula resolutiva expressa. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

TREVIZAN, Ana Flávia. “Wash out” frente ao ordenamento jurídico brasileiro. In: SOARES, Danielle Cevallos; SALDANHA, Evely Bocardi de Miranda; SOUZA, Murilo Oliveira (Orgs.). *O direito na fronteira e as fronteiras do direito*. Cáceres: Editora da Unemat, 2017, p. 7-26.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 2, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 1, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A perda de interesse do credor. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: LMJ mundo jurídico, 2019, p. 766-787.