INTRODUÇÃO

"Olho por olho, dente por dente" era a fórmula da justiça pelas próprias mãos consagrada pela lei de talião e que, por milhares de anos, foi a única conhecida pela humanidade.[1] Das experiências mais arcaicas até a contemporaneidade, a idéia de justiça transformou-se paulatina e progressivamente, conformando um certo consenso, ao menos no mundo ocidental, de que a vingança privada, mediante a reparação do mal pelo mal, serve mais para aguçar a violência do que para pacificar, revelando-se contrária aos impulsos civilizatórios e à ética que permeia as relações sociais.

Justamente para organizar a vida em sociedade e compor os conflitos, o Estado se desenvolveu e, aos poucos, assumiu a função jurisdicional. No tocante às relações privadas, os meios e a intensidade da intervenção estatal evoluíram de acordo com as concepções políticas, sociais, culturais e econômicas de cada época. Partindo-se da pré-modernidade, sabe-se que as pretensões liberais buscavam resguardar o indivíduo das interferências absolutistas que marcaram o período precedente, tornando aquelas relações praticamente intangíveis por força do individualismo, do voluntarismo e da igualdade formal então reinantes.

Todavia, os abusos perpetrados sob a égide do liberalismo clássico conduziram a uma fase de intenso intervencionismo, o que evidentemente afetou as relações contratuais. Esta fase, moderna, perdurou até que o Estado mostrasse as suas limitações para responder às demandas da pós-modernidade, decorrentes de um mundo culturalmente cada vez mais complexo, globalizado, economicamente hiperdinâmico e marcado por relações despersonalizadas e massificadas. E as limitações estatais se revelaram não apenas na seara político-econômica, mas, também, no exercício da função jurisdicional, assoberbada por uma máquina insuficiente.

Esse contexto, aliado a uma descrença generalizada na capacidade do Estado de gerir tanto interesses públicos quanto privados, contribuiu sensivelmente para a disseminação de insegurança e desconfiança nas relações contratuais, colocando a necessidade de se responder a duas demandas aparentemente inconciliáveis da pós-modernidade: reforçar a autonomia privada, reduzindo a ingerência estatal, e, ao mesmo tempo, controlá-la, coibindo abusos. Abre-se espaço, assim, para se repensar a

[1] Registra Jayme de ALTAVILA, *Origem dos direitos dos povos*, São Paulo, Edições Melhoramentos, [s.d.], que a lei de talião visava assegurar um princípio de reciprocidade, buscando coibir uma reação mais grave do que o próprio mal causado.

autotutela sob uma renovada perspectiva, em especial no âmbito dos contratos, que, na esfera privada, é aquele mais diretamente afetado por aquelas demandas.

Cumpre, pois, indagar se o direito pode sustentar soluções para as patologias contratuais, das quais o inadimplemento é a mais recorrente, que não dependam da via judiciária e que possam ser levadas a efeito diretamente por aquele que sofreu a lesão de um interesse legítimo. O caminho não parece ser o de regresso à lei de talião e, tampouco, o de continuar estigmatizando a autotutela sempre como uma forma de justiça primitiva, em geral vinculada ao crime de exercício arbitrário das próprias razões, por força do assentado monopólio estatal da justiça. Entre as duas perspectivas extremas, propõe-se revisitar e repensar os pressupostos de admissibilidade, os limites e os meios da autotutela no ordenamento brasileiro, a fim de se compreender, revigorar, adequar e até mesmo expandir os respectivos instrumentos no âmbito dos contratos.

Desvela-se, assim, o objetivo geral do presente trabalho, que é perscrutar os meios e a medida em que a vocação expansiva da autotutela contratual pode ser sustentada e viabilizada, voltando o olhar para os remédios que já têm previsão no ordenamento pátrio e para outros, que podem se revelar igualmente aplicáveis e úteis. Buscar-se-á romper com a postura tradicional que nega ou limita a possibilidade de utilização de mecanismos extrajudiciais de prevenção ou de reação ao inadimplemento. De fato, os instrumentos de autotutela contratual ora são reconhecidos em caráter estritamente excepcional, sob a exigência de norma expressa que os autorize, a exemplo do direito de retenção, ora são atrelados a requisitos formais que restringem demasiadamente a sua aplicação, como é o caso da exceção de contrato não cumprido e da resolução extrajudicial. Ademais, a formatação tradicional dos remédios de autotutela, ancorada no aspecto estrutural dos institutos sem atentar para a sua função, ignora as transformações pelas quais passou o direito das obrigações, notadamente diante da perspectiva funcional do adimplemento.

Para uma compreensão do conceito de lesão injusta nas relações contratuais e para que possam ser melhor contextualizados os respectivos instrumentos de autotutela, será abordada, em seu conceito, espécies e transformações, aquela que é a patologia mais temida, qual seja, o inadimplemento. A lesão pelo inadimplemento será, portanto, a específica lesão a ser investigada, razão pela qual não constituem objeto do presente estudo outros instrumentos de autotutela que não tenham como elemento desencadeador o inadimplemento contratual.

Importa considerar que apenas a investigação da vocação expansiva dos instrumentos de autotutela, sem a sua contextualização na ordem jurídica atual, pode tornar reduzida a utilidade científica do estudo, que não deve ser dissociado dos paradigmas vigentes. Justamente por isso, a autotutela que se buscará sustentar é uma autotutela constitucionalizada, porque voltada para a realização e defesa de interesses legítimos à luz da ordem constitucional e devidamente controlada, com fundamento nesta mesma ordem. Por conseguinte, o percurso traçado para que seja atingido o escopo deste trabalho parte da metodologia do direito civil-constitucional, que guiará o estudo analítico e propositivo de alguns instrumentos jurídicos, compreendidos segundo a linguagem dos remédios e agrupados conforme a função que desempenham.

1 FUNDAMENTO E ADMISSIBILIDADE DA AUTOTUTELA CONTRATUAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

1.1 O contrato e a pós-modernidade: mais controle ou liberdade?

A liberdade e a independência eram os pressupostos apriorísticos da ordem jurídica na concepção constitucional clássica, que permitia a separação entre o Estado e a sociedade. Na lógica do Estado liberal, tal separação era o garante da liberdade dos cidadãos, verificando-se um mínimo de intervenção do poder público na vida privada.

No entanto, as ocorrências históricas marcadas pela industrialização e pelos movimentos sociais do século XIX e início do século XX, intensificados pela eclosão da Primeira Guerra Mundial, determinaram profundas alterações no modelo liberal, revelando a emergência do social na política e levando ao conseqüente intervencionismo do Estado, cuja atuação passou a ser vista como conformadora da sociedade, para atenuar ou corrigir os seus desequilíbrios. Afirma-se que "o Estado Social acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, calcada na limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, a dimensão econômica e social, através da limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos".[2]

Na esfera privada, logo após a promulgação do Código Civil de 1916, o Estado legislador primeiramente movimentou-se através de leis extracodificadas excepcionais para atender às demandas de emergência, sem abalar os alicerces da dogmática civilística. Posteriormente, passou a atuar através de leis especiais, paralelas ao direito codificado, destinadas a disciplinar, sem qualquer caráter emergencial, os novos institutos que surgiam. Por meio dessa legislação especial instaurou-se um longo período de intervenção assistencialista, expressão da política legislativa do *Welfare State* que se corporificou a partir dos anos 30, com assento na Constituição de 1934, e que constituiu, no campo obrigacional, o fenômeno do dirigismo contratual. Enfim, a intensificação do processo intervencionista subtraiu do Código Civil setores inteiros da atividade privada, disciplinando-os integralmente. Este movimento veio a ser consagrado pela Constituição de 1988, que inaugurou a "era dos estatutos", após o que o Código Civil perdeu definitivamente o seu papel de eixo central do direito privado,

[2] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Função social no direito civil*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 75.

tendo sido deslocada para a Constituição a tarefa de conferir unidade sistemática e coerência axiológica a todo o ordenamento.[3]

Paralelamente ao intervencionismo legislativo operado desde a década de 20, o Estado juiz veio aumentando progressivamente, até os dias atuais, o seu controle sobre a autonomia privada, buscando corrigir abusos, admitindo a revisão de contratos e promovendo a tutela dos contratantes vulneráveis.

Ocorre que, concomitantente ao movimento progressivo de intervenção estatal nas relações privadas, especialmente pelas vias legislativa e judicial, a partir da década de 80 do século XX começa-se a falar em "crise" do Estado Social[4], a ponto de se conceber a idéia de um Estado "Pós-Social"[5], ante as notórias limitações do Estado do Bem-Estar ou Estado-Providência para responder às demandas progressivamente deflagradas pela complexidade sócio-cultural, pela dinâmica do mercado, pela celeridade das transações, pela globalização e pela internacionalização, informatização e massificação das relações, que caracterizam o contexto do contrato na pós-modernidade.[6] Segundo Cláudia Lima Marques,

> (Pós modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado.[7]

---

[3] TEPEDINO, Gustavo, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 4 e ss.

[4] De fato, como observaram GOMES, Orlando e VARELA, Antunes, *Direito econômico*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 164, "tanto se ampliaram e diversificaram as tarefas do Estado moderno que já se indaga se não temos Estado em demasia, em excesso, em sobejidão."

[5] ARNAUD, André Jean, *O direito entre modernidade e globalização*, Trad. Patrice Charles Wuillaume, Rio de Janeiro, Renovar, 1999. Expressando opinião contrária, afirma Paulo Luiz Netto LÔBO, *Princípios contratuais*, in LÔBO, Paulo Luiz Netto *et alii* (Coord.), A teoria do contrato e o novo código civil, Recife, Nossa Livraria, 2003, p. 13: "não há, rigorosamente, Estado pós-social, ao menos sob o ponto de vista jurídico. A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo), ou do Estado providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica do que real, pois dirige-se à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a 'mão visível' do Estado."

[6] Não se pretende, nesta sede, enfrentar as controvérsias que giram em torno do significado e do termo "pós-modernidade", que é empregado neste trabalho tão-somente com o escopo de contextualizar a problemática da autotutela e a relevância da ampliação de seus instrumentos.

[7] MARQUES, Cláudia Lima, A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, *Revista Cidadania e Justiça*, Ano 03, n. 6, Rio de Janeiro, AMB, 1º semestre de 1999, p. 237-248.

Sob a ótica política e econômica, a apontada descrença no Estado depreende-se das três fases pelas quais atravessou no curso do século passado, como explicita Luís Roberto Barroso:

> A primeira delas, identificada como *pré-modernidade* ou Estado liberal, exibe um Estado de funções reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. É o Estado da virada do século XIX para o XX. (...)
> Na segunda fase, referida como *modernidade* ou Estado social (*welfare state*), iniciada na segunda década do século que se encerrou, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico. (...)
> A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase, a *pós-modernidade*, que encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. (...)
> Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polêmicas, é fora de dúvida que a sociedade brasileira exibia insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo – desastradamente ativo – no campo econômico.[8]

O desprestígio do Estado na seara político-econômica inevitavelmente estendeu-se ao Estado juiz, ante a ineficiência da máquina judiciária em dar respostas e soluções mais rápidas aos conflitos. Não é por acaso que as recentes discussões acerca da reforma do Código de Processo Civil têm por objeto diversas propostas de simplificação do processo visando à sua agilização, a exemplo da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, do efeito suspensivo dos recursos somente em casos excepcionais e da flexibilização das fases e atos processuais com atribuição de maior poder ao juiz. Tais medidas, a despeito de traduzirem uma "preocupação obsessiva com a celeridade processual"[9], demonstram, por outro lado, o esgotamento e insustentabilidade da máquina judiciária nos moldes atuais.[10]

---

[8] BARROSO, Luís Roberto, Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3209>. Acesso em: 30 jan. 2011.

[9] MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa, As reformas do CPC e o projeto de novo Código, in Revista *Pela Ordem*, OAB MG, mai/jun 2010, p. 32.

[10] Segundo relatório estatístico divulgado no *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça, a média de processos distribuídos por relator só no ano de 2010 foi de 7.442.

É nesse contexto que, concretizando a "terceira onda" do acesso à justiça preconizada por Cappelletti[11], os meios alternativos de solução de conflitos ou meios de ADR (*Alternative Dispute Resolution*)[12] difundem-se cada vez com maior intensidade[13], a exemplo da arbitragem[14], mediação, câmaras de conciliação, Procons e procedimentos extrajudiciais de inventário, separação e divórcio. Tal fenômeno, no dizer de Loïc Cadiet, ilustra a paulatina substituição do Estado-Providência pelo Estado Mediador ou Moderador[15], mas não significa a supressão da função jurisdicional. Diante dos novos meios, especialmente da arbitragem, não obstante as dificuldades ainda sentidas na sua utilização[16], Gustavo Tepedino comenta o papel do judiciário na atualidade:

> No Brasil, o aumento excessivo de demandas ao Judiciário gerou sensação de crise, diante de quantidade infindável de processos e da conseqüente lentidão e ineficiência da máquina judiciária. Deste modo, a tendência que se imagina não seria a de retirar do Estado seu poder fundamental de prestação jurisdicional, mas de poupar a intervenção estatal de processos em que, em relações paritárias e patrimoniais, pretendam-se soluções mais ágeis e especializadas para os respectivos conflitos de interesse. Poder-se-ia nesse sentido, afirmar que o Judiciário se mostra indispensável para o homem comum, não já para as grandes empresas e corporações, especialmente as que lidam com mercados específicos e legislações multinacionais.[17]

---

[11] CAPPELLETTI, Mauro, Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, *Revista de Processo*, n. 74, p. 82-97.

[12] Aos meios de ADR que se procedimentalizam online designa-se ODR (*Online Dispute Resolution*).

[13] Observa Michele TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, Trad. Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 114, que, nos últimos anos, os métodos de ADR converteram-se num dos mais importantes centros de atenção da justiça civil, sendo que, em escala internacional, são milhares de normas que deles se ocupam e, só nos Estados Unidos, há mais de 2.500 leis que prevêem a mediação. Sobre este intenso movimento legislativo, afirma autor: "*En esencia, el legislador envía a los ciudadanos un mensaje de este tipo: 'dado que el Estado no está en capacidad de ofrecer una tutela jurisdiccional eficiente para sus derechos, diríjanse a otro sitio - a la conciliación e al arbitraje – para resolver sus controversias'*." Sobre a evolução dos meios de *ADR* no sistema americano, cf. CHASE, Oscar G., I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D'America, in VARANO, Vicenzo (a cura di), L'altra giustizia, Milano, Giuffrè, 2007, p. 129-156.

[14] Cf. Lei nº 9.307, de 23.09.1996, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Agr Se 5.206-7, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 12.12.2001, ante o entendimento de que a renúncia à jurisdição estatal *in casu* não fere o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

[15] CADIET, Loïc, I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LX, 2006, Giuffrè, Milano, p. 1.194. É interessante a observação do autor acerca do "Estado Mediador" na contemporaneidade: "*I MARC costistuiscono l'occasione di far emergere, per ricordare Auguste Comte, uma nuova legge dei ter stati che rinvia, ad immagine del motto repubblicano della Francia, a ter figure di Stato, completanti le ter figure di giudici proposte da François Ost: dopo lo Stato gendarme e il suo giudice Giove, assicurante la police des libertés (istituto del XIX secolo) e lo Stato provvidenza, con il suo giudice Ercole, assicurante la promozione dell'uguaglianza (istituto del XX secolo), sarebbe venuto il tempo dello Stato mirante a garantire la fraternità, grazie al suo giudice Ermès, che si chiamerà lo Stato mediatore o moderatore (istituto del XXI secolo). Favorire lo sviluppo dei MARC, non significa fare gli interessi economici dello Stato, né rifeudalizzare la società, semplicemente è contribuire a tessere nuovamente il legame sociale e, quando questi modi si sviluppano in collegamento con l'istituzione giudiziaria, è promuovere una giustizia più partecipativa, vale a dire più cittadina.*"

[16] A propósito, observa Gustavo TEPEDINO, Questões controvertidas em tema de arbitragem na experiência brasileira, in *Temas de direito civil*, tomo III, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 158, que, apesar da ausência de tradição no país, "o futuro da arbitragem no Brasil depende fundamentalmente da seriedade e isenção dos árbitros, assim como de sua capacidade de agir com rapidez e com confiabilidade técnica."

[17] TEPEDINO, Gustavo, Questões controvertidas em tema de arbitragem na experiência brasileira, cit., p. 160.

Referindo-se às soluções não-jurisdicionais de conflitos, ou "meios alternativos de pacificação social", também Cintra, Grinover e Dinamarco atentam para as deficiências da máquina judiciária e para o estreitamento do "canal de acesso à justiça através do processo":

> Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.
>
> O processo é *necessariamente formal* (...), porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição. (...)
>
> Pois tudo toma *tempo* e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. (...)
>
> Ao lado da *duração* do processo (...), o seu *custo* constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os *preparos*), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo bastante elevado das perícias.[18]

A par de suas deficiências estruturais, contribui para o inchaço do poder judiciário, convertido em "muro das lamentações do mundo moderno"[19], a sua intensa ingerência em questões de política pública, o que caracteriza os fenômenos da judicialização da política[20] e do ativismo judicial[21], que vêm ocupando importantes foros de debate.

Mas, especificamente no que tange às relações contratuais, foco do presente trabalho, o dirigismo, sobretudo pela via judiciária, vem se mostrando com freqüência sufocante, dificultando a solução célere e eficiente dos conflitos. Se, por um lado, reconhece-se a necessidade de controle judicial dos atos de autonomia privada com o fim de proteger o mais fraco, coibir abusos e promover o equilíbrio nas relações contratuais, é certo que a necessidade de chancela estatal para se remediar toda e

---

[18] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, in *Teoria geral do processo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 26.

[19] A expressão é de A. Garapon *apud* VIANNA, Luiz Werneck *et alii*, Dezessete anos de judicialização da política, *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 41.

[20] Segundo Luiz Werneck VIANNA, in Dezessete anos de judicialização da política, cit., p. 40, "a invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos."

[21] Para uma reflexão sobre o tema, cf. POGREBINSCHI, Thamy, Ativismo judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo, *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, p. 121 a 143, ago/dez 2000.

qualquer patologia contratual pode inviabilizar ou dificultar sobremaneira a realização de interesses merecedores de tutela.

Disso resulta que a via judicial não deve ser a única de que o contratante lesado pode se valer para defender os seus interesses, razão pela qual a postura tradicional da doutrina e jurisprudência pátrias no sentido de negar ou de limitar a casos excepcionais a utilização de certos remédios extrajudiciais para determinadas patologias, como será visto no terceiro capítulo, pode representar uma restrição ilegítima da autonomia privada.

Contudo, a necessidade de se reconhecer à autonomia privada a possibilidade não só de regular, mas, também, de reagir, independentemente de intervenção judicial, contra lesões a interesses merecedores de tutela parece, à primeira vista, ir de encontro a uma outra necessidade, que é a de se proteger a autonomia de alguns contra os abusos derivados do exercício da autonomia de outros. A propósito, observa António Pinto Monteiro:

> (...) a tendência expansionista e avassaladora do Estado na sociedade contemporânea vem desencadeando actualmente movimentos contrários, partindo-se da tomada de consciência de que há *troppo Stato* para se afirmar a necessidade de 'libertação da sociedade civil' e, mesmo, de um urgente 'retorno', 'refluxo', *redescoberta* do privado.
>
> Deve notar-se, por outro lado, que, mais do que duma redução – quantitativa – do espaço reservado à actuação dos particulares, se deve realçar antes uma mudança de *sentido* do princípio da autonomia privada. Na verdade, os seus limites e restrições encontram a sua justificação na necessidade de *defender* a própria autonomia privada ('a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada'), a fim de se evitar que do exercício – abusivo – da autonomia de uns resulte, afinal, a eliminação da autonomia de outros.[22]

Também Natalino Irti, já na década de 80, havia atentado para o desafio colocado ao direito privado no sentido de conciliar uma tutela mais incisiva e rigorosa dos interesses existenciais com uma tutela mais "*liberistica*" da autonomia negocial e dos interesses patrimoniais, fomentando a capacidade do indivíduo e do empreendedor para livremente atuarem na vida econômica.[23]

Os imperativos de efetiva liberdade e igualdade substancial já não permitem que se advogue um liberalismo radical[24] e o afastamento absoluto do Estado das relações

---

[22] MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 53.

[23] IRTI, Natalino, Le incognite del diritto privato (prospettive sul diritto privato – introduzione), *Rivista di diritto civile*, XXVI, 1980, p. 2-4.

[24] Ressalte-se o já constatado declínio do neoliberalismo no campo econômico, como sustenta Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 11. ed., São Paulo, Malheiros, 2006: "Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de

contratuais, cumprindo lembrar que a relativização da dicotomia público/privado é um dado definitivo para o Estado Democrático de Direito em tempos de pós-positivismo, ante a reconhecida eficácia normativa dos princípios constitucionais na ordem jurídico-privada. Assim, não se mostra defensável qualquer postura anti-constitucional[25] para satisfazer as demandas liberais da pós-modernidade, como bem sustenta Luís Roberto Barroso:

> O constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio. A proposta do minimalismo constitucional, que procura destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, para reservar-lhe um papel puramente procedimental, não é compatível com as conquistas do processo civilizatório.
> (...)
> O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.[26]

Nos mesmos termos, com pertinência afirma Gustavo Tepedino que "o arrefecimento do papel assistencialista do Estado, aqui e alhures, em nada reduz o debate quanto à constitucionalização do direito civil, sendo tal metodologia decorrência imperativa não do tamanho que se pretenda atribuir ao Estado mas da concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento jurídico".[27]

Tal perspectiva reforça-se ainda mais no contexto de insegurança generalizada que a própria pós-modernidade traduz, pois, como explicita Cláudia Lima Marques, a

---

cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito." Também João Bosco Leopoldino da FONSECA, *Direito Econômico*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 103, acentua a necessidade de o Estado incentivar e estimular a iniciativa privada, não atuando diretamente no domínio econômico, mas desempenhando seu papel de agente normativo e regulador. Para um aprofundamento das críticas ao neoliberalismo, cf. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et alii*, *Direito e neoliberalismo*, Curitiba, EDIBEJ, 1996; AZEVEDO, Plauto Faraco de, *Direito, justiça social e neoliberalismo*, São Paulo, RT, 2000; e GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, *Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil*, Londrina, Ed. Humanidades, 2004.

[25] Segundo Luís Roberto BARROSO, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 11, "a pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado social". Também José Eduardo FARIA, in Prefácio à obra de CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. xv, observa que, no limiar do século XXI, "a idéia de constituição cada vez mais é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia".

[26] BARROSO, Luís Roberto, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 46-47.

[27] TEPEDINO, Gustavo, Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al* (coord.), *A constitucionalização do direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 311.

"crise de confiança nos instrumentos atuais da teoria geral dos contratos traz a necessidade de se desenvolver uma dogmática nova, com preocupações mais sociais a fim de alcançar a proteção dos consumidores e a justiça nas relações jurídicas equilibradas entre dois civis e entre dois comerciantes".[28] Ainda no dizer da autora, a fase atual da pós-modernidade demanda a valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre agentes econômicos, com claros reflexos no direito privado.[29]

Com efeito, o contrato, massificado ao extremo, anônimo, despersonalizado, plural, coletivo e virtual, parece viver uma "nova crise".[30] Como afirma Niklas Luhmann, numa sociedade hipercomplexa, quando já não são mais suficientes os mecanismos de interação pessoal ou institucional destinados a assegurar uma confiança básica nas relações, também pode ocorrer uma generalizada "crise de confiança" na efetividade do próprio direito.[31] E o ceticismo quanto à capacidade deste de dar respostas adequadas aos problemas que perturbam a sociedade, especialmente nas relações contratuais, agrava-se diante da morosidade ou insuficiência dos mecanismos judiciais de reação ao inadimplemento, a exemplo da resolução e da reparação em perdas e danos.

Assim, o direito é instado a reagir diante da necessidade de esvaziamento da "afogada" máquina judiciária e, simultaneamente, da apontada "crise de confiança", respondendo a duas demandas aparentemente inconciliáveis colocadas ao Estado na contemporaneidade: abrir mais espaço à autonomia privada e, ao mesmo tempo,

---

[28] MARQUES, Cláudia Lima, A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?, in MARQUES, Cláudia Lima (coord.), *A nova crise do contrato*, São Paulo, RT, 2007, p. 20.

[29] MARQUES, Cláudia Lima, A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?, cit., p. 21.

[30] Segundo Cláudia Lima MARQUES, A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?, cit., p. 22 e ss., a primeira crise do contrato foi uma verdadeira crise de transformação e rejuvenescimento, e ocorreu, na Revolução Industrial, com a massificação da produção, a distribuição indireta e o contrato *standard*, tendo sido respondida pelo princípio da boa-fé e pelo direito do consumidor. A segunda crise, já na pós-modernidade, desde o fim da 2ª Guerra Mundial, deveu-se às mudanças da sociedade contemporânea pós-industrialização, em que os bens juridicamente relevantes, ou a riqueza econômica, passaram a ser os bens móveis imateriais e os fazeres ou serviços de massa, em que a globalização da produção e da distribuição em escala e o crescente movimento de integração econômica superaram as fronteiras do Estado-Nação, diminuindo a intervenção protetiva estatal e deslegitimando os poderes estatais, o que foi acompanhado por um movimento de renascimento da autonomia da vontade, dos árbitros e dos meios alternativos de solução de controvérsias, pela legitimação das chamadas regras do mercado e da lei dos mercadores (*lex mercatoria*), pela concentraçao de poder empresas mundiais e por uma revolução das relações virtuais da sociedade da informação. Essa crise da pós-modernidade aprofundou-se após os atentados de 11.09.2001, que afetou a base comum de todas as relações – hoje globalizadas – que é a confiança, afetando assim o contrato e o direito, que deveriam justamente formalizar, concretizar e regular estes vínculos de confiança.

[31] LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, *apud* MARQUES, Cláudia Lima, A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?, cit., p. 33.

controlá-la. Assim, o Estado deve intervir para manter a ordem pública, corrigir abusos e desequilíbrios, mas, também, deve disponibilizar e reconhecer aos sujeitos a utilização de instrumentos eficientes para a tutela de seus próprios interesses, que não precisem necessariamente passar pela tortuosa via judicial. Impõe-se, assim, a tarefa de conciliar a autonomia pública com a autonomia privada, sem que uma se sobreponha à outra. Para tanto, é necessário que a teoria contratual viabilize uma solução conciliatória no intuito de responder a ambas as demandas.

1.2 A cooriginariedade das autonomias pública e privada e a teoria contratual.

Na virada do século XX para o XXI, afirmava Erik Jayme que as características do tempo pós-moderno são a ibiqüidade, a velocidade e a liberdade.[32] Destas, ora é a liberdade que se busca entender mais profundamente. Porém, das diversas possíveis acepções e significados que a palavra pode traduzir, e que não poderão ser analisados nos limites deste trabalho, propõe-se aqui apenas compreender sua conexão com as noções de autonomia pública e de autonomia privada e, bem assim, como estas duas noções se relacionam.

No tocante ao primeiro aspecto, partindo da ótica constitucional e recorrendo à conhecida metáfora de Nelson Saldanha, inicialmente esclarece Daniel Sarmento:

> A teoria constitucional moderna vem buscando equilibrar-se em torno de duas idéias diferentes de liberdade: a liberdade do cidadão, de participar na formação da vontade do Estado, tornando-se co-autor do destino da sua coletividade, e a liberdade do burguês, equivalente à "fruição pacífica da independência individual ou privada" (Benjamin Constant). Enquanto as teorias democráticas e republicanas propenderam para a afirmação da primazia da primeira liberdade, identificada com a idéia de autonomia pública ou soberania popular, do cidadão *na praça*, os liberalismos de variados matizes preferiram enfatizar a preeminência da segunda liberdade, vinculada à idéia de autonomia privada, do indivíduo em seu *jardim*.[33]

Todavia, apesar da subsistência de possíveis conflitos e tensões entre as idéias de soberania popular e de liberdade individual, o citado constitucionalista constata ser hoje "inequívoco que os termos desta equação se pressupõem reciprocamente, e que cada um deles tende a se desvirtuar, num círculo vicioso, diante da ausência do outro".[34] Mostra-

---

[32] JAYME, Erik, O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, in *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFGRS*, Edição Especial Dr. *honoris causa*, v. I, n. 1, Porto Alegre, Nova Prova, mar. 2003, p. 87.
[33] SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 177.
[34] SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 179.

se, assim, relevante conceber uma posição intermediária, capaz de aliviar a tensão entre as duas noções de autonomia, de modo que sejam estrutural e internamente articuladas entre si, sem primazia de uma sobre a outra.

Nesse sentido, a idéia de cooriginariedade das autonomias, tal como proposta por Habermas[35], é esclarecedora, especialmente no sentido de superar as críticas ao conceito de autonomia privada extraído do pensamento liberal clássico, fundado na noção de liberdade negativa (não-intervenção), e, também, as críticas ao conceito de autonomia privada submissa à soberania popular, defendido por posições comunitaristas que sobrepõem a vontade coletiva à individual.[36] O pensamento habermasiano é, neste particular, assim sintetizado por Denis Franco Silva:

> (...) a tensão entre autonomia pública e autonomia privada conforme instaurada somente pode ser superada através da construção de uma nova conexão interna entre os dois conceitos e, efetivamente, com a redução de ambos a um único conceito de autonomia, que pode ter seu exercício concretizado por diferentes vias: a pública ou a privada.
>
> Trabalha-se, desta maneira, a partir da noção habermasiana de cooriginariedade entre autonomia pública e privada, onde o sistema de direitos não deriva de uma leitura puramente moral conteudística dos direitos do homem ou de uma leitura ética da soberania popular, não havendo sobreposição ou subordinação da autonomia privada dos indivíduos à autonomia pública ou política. Cooriginariedade, esta, que se apresenta como fruto da análise da figura de pensamento da "autolegislação" nos termos da teoria do discurso. (...)
>
> Não existe, de tal maneira, diferença entre os conceitos de autonomia privada e autonomia pública, sendo estes apenas vias diversas de legitimação pelo discurso de manifestações igualmente autônomas dos indivíduos, ou mesmo níveis diferentes de concretização desta mesma autonomia. Em síntese, a opção pela via pública ou privada se dá propriamente em virtude do universo de afetados e dos níveis de afetação, e não de uma sobreposição dos interesses do indivíduo ao grupo ou do grupo ao indivíduo.[37]

Para Habermas, a legitimação do direito deve ser buscada num procedimento discursivo, realizado sem coerções e do qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar, sendo, simultaneamente, autores e destinatários das normas elaboradas.[38] Esta idéia, que retrata uma autonomia intersubjetiva[39], associada à de cooriginariedade, enseja uma renovada compreensão dos limites atuais da autonomia

---

[35] HABERMAS, Jürgen, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Trad. Leonardo Ceppa, Napoli, Guerini, 1996, p. 106 e ss.

[36] Para uma incursão no debate entre liberais e comunitaristas, que não será enfrentado neste trabalho, cf. CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

[37] SILVA, Denis Franco, O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução, in MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 142-144.

[38] HABERMAS, Jürgen, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., p. 143 e ss.

[39] Isso porque, como explica Denis Franco SILVA, in O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução, cit., p. 143, "o processo de individualização do ser humano somente ocorre através da socialização, que não se dá em virtude de determinações genéticas, mas pelo fato de os sujeitos aptos a exercitar a linguagem e a atuar conscientemente crescerem e se integrarem em um mundo compartilhado intersubjetivamente."

privada, em especial da autonomia negocial, na medida em que derivam da própria autonomia ou da necessidade de se assegurar certos pressupostos do discurso ideal.[40]

É importante que se esclareça que essas noções da teoria habermasiana são adotadas neste trabalho como um pressuposto conceitual de autonomia, pois não se pretende confrontá-las com outras perspectivas. Pretende-se, sim, apenas oferecer um fundamento teórico-filosófico para melhor se compreender o que legitima e o que norteia a medida da intervenção na autonomia negocial, especialmente pelo controle judicial, que se considera uma expressão da autonomia pública.

Um segundo aspecto que deve ser dilucidado é a própria amplitude da autonomia privada. Afirma-se que tal expressão deve ser entendida não apenas como liberdade contratual, sob uma acepção estritamente patrimonialista, mas em sentido amplo, ou seja, "como manifestação da vontade do sujeito de direitos em relação a todos os atos da vida civil, sejam patrimoniais ou não-patrimoniais".[41] De qualquer forma, considerando-se o tema central deste trabalho, será na autonomia negocial[42] que se concentrará o foco de análise.

Assevera Joaquim de Sousa Ribeiro que, sobretudo no campo contratual, a subjetividade é sempre intersubjetividade, pois "a autonomia conjuga-se necessariamente no plural". Segundo o autor,

> A relação de tensão entre o princípio da autonomia privada – autodeterminação de cada um segundo a sua vontade – e o princípio da liberdade contratual – que é sempre conformação em comum de relações jurídicas, exprime, no fundo a bipolaridade de interesses que pelo contrato intentam realizar-se. A universalidade do princípio da autonomia exige então que todos os sujeitos afectados pelos efeitos vinculativos do acto sejam chamados a manifestar a sua vontade, dando corpo a uma estrutura bilateral de declarações que caracteriza o contrato como negócio jurídico.[43]

---

[40] SILVA, Denis Franco, O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução, cit., p. 150 e ss. Para o autor, entre os "limites derivados da própria idéia de autonomia cooriginária" estão aqueles fundados na proteção social, traduzindo medidas (a exemplo da proteção trabalhista e previdenciária) "que se fundam na preservação de um nível mínimo de liberdade que evite a imposição ou coerção de regras ou valorações pelo agente que goza de melhores pré-condições de exercício de sua autonomia", bem como aqueles fundados em medidas de índole paternalista em sentido estrito, devido à necessidade de se suprir a ausência de autonomia de sujeitos específicos, como se verifica no regime das capacidades de exercício. Já quanto aos "limites relacionados às condições de um discurso ideal", o autor associa a pretensão de veracidade ao dever geral de boa-fé, a pretensão de inteligibilidade ao dever de informar, e a pretensão de correção ao equilíbrio contratual.

[41] MORAES, Maria Celina Bodin de, Uma aplicação do princípio da liberdade, in *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 191.

[42] Segundo PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, 5. ed., Napoli, ESI, 2005, p. 341, autonomia negocial "é o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito, privado ou público, de regular com manifestações de vontade próprias interesses privados ou públicos, todavia não necessariamente próprios".

[43] RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 55.

A liberdade contratual sujeita-se, portanto, a "limites imanentes", em sentido estrito e próprio, pois não contrariam aquele princípio, mas somente tornam claro o seu verdadeiro significado. Trata-se de limites "conceptualmente necessários (limites ontológico-jurídicos), que imediatamente exprimem a configuração intrínseca, o modo de ser e de actuar da autodeterminação que no contrato se exerce.[44] Na mesma linha, aduz Ruy Rosado de Aguiar Júnior que "a igualdade e a liberdade sofrem necessariamente processos corretivos. A liberdade sem concessões à igualdade é desumana, pois escraviza o homem ao homem. A igualdade sem liberdade escraviza o homem ao Estado".[45] A igualdade pode, assim, funcionar como um "princípio limitador" da liberdade.

A idéia de intersubjetividade associada à de igualdade alinha-se perfeitamente com a mudança qualitativa da autonomia privada na perspectiva civil-constitucional. Sabe-se que o direito civil tutela a liberdade, para cuja preservação e desenvolvimento dispõe de mecanismos jurídicos. No entanto, esclarece Hesse que a liberdade contratual, uma das manifestações da autonomia privada, pressupõe uma situação jurídica e fática aproximadamente igual dos interessados. Onde falta tal pressuposto, e a autonomia de um conduz à falta de liberdade do outro, desaparece todo o seu fundamento. Neste ponto radica a diferença essencial entre o significado atual da autonomia privada e o do século XIX: este oferecia uma liberdade apenas formal, porque partia de uma igualdade apenas formal, que só parcialmente correspondia à realidade social; conseqüentemente, podia conduzir à falta de liberdade efetiva.[46]

As transformações ideológicas e políticas operadas com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social influenciaram, decisivamente, a reformulação de institutos do direito privado, entre os quais o contrato[47], cujo conceito tradicional, fundado no

---

[44] RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato*, cit., p. 62.

[45] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, O princípio da igualdade e o direito das obrigações, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson, *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 547.

[46] HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 85.

[47] A propósito, observa Gustavo TEPEDINO, As Relações de consumo e a nova teoria contratual, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 201: "A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas. (...) Tal ordem de coisas, própria do Estado Liberal, altera-se profundamente no Estado intervencionista do século XX, onde a atenção do legislador se desloca para a função que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais (...)".

voluntarismo, no individualismo e na igualdade formal até então reinantes, não mais correspondia à realidade socioeconômica do século XX.[48] Com efeito, se, no apogeu do liberalismo, como expressão da liberdade e da igualdade formal das partes, o contrato viabilizava o capitalismo que florescia, na sociedade contemporânea o contrato deve alcançar sua função econômico-social mediante a atuação dos interesses legítimos das partes, cuja tutela deve atentar para possíveis vulnerabilidades e desequilíbrios. Isso porque, com o incremento da participação ativa de agentes privados na organização econômica e no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares, assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional, não careciam de proteção apenas contra as ameaças oriundas dos poderes públicos, mas, também, contra aquelas advindas da esfera privada[49], ou seja, dos mais fortes no âmbito da sociedade.

Assim é que a evolução do princípio da autonomia privada reflete as transformações ocorridas na sociedade, evidenciada a necessidade de se abandonar o culto à autonomia da vontade de cariz exclusivamente individualista e formal e de se reforçar a dimensão social do direito, a que não foge o domínio contratual.[50] Por outro lado, as transformações da teoria contratual com o advento do Estado Social e da constitucionalização do direito privado não servem para suprimir a liberdade, mas para garanti-la. Como bem observou Antônio Junqueira de Azevedo, "estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitindo como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios", quais sejam, a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.[51]

Infere-se, pois, que os princípios da "nova teoria contratual" não se sobrepõem aos princípios tradicionais, mas a eles se unem. A liberdade contratual continua sendo

---

[48] Segundo Cláudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, 4. ed., São Paulo, RT, 2002, p. 154, a decadência do voluntarismo no Direito Privado levou à relativização dos conceitos, sendo que "no novo conceito de contrato, a eqüidade, a justiça veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável".

[49] ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, in SARLET, Ingo Wolgang (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 271-297.

[50] MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, cit., p. 49.

[51] AZEVEDO, Antônio Junqueira de, Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, abril 1998, p. 114.

um princípio fundamental do contrato, razão pela qual o dirigismo estatal sem critérios, sobretudo judicial, denota um paternalismo esmagador do sujeito contratante, subestimando a sua capacidade de auto-reger seus próprios interesses, bem como de defendê-los de lesões.

Nesse contexto, afirma-se que o contrato serve para remediar a desconfiança básica entre pessoas, funcionando, assim, como instrumento social de alocação de riscos, para alcançar a maior segurança possível entre os envolvidos e viabilizar a realização dos objetivos almejados pelas partes fortes e fracas.[52] Partindo-se desta concepção, entre as características do novo contrato do século XXI estão tanto a aplicação de cláusulas gerais para controle do comportamento das partes durante as fases de negociação, conclusão e execução quanto a tendência de se relegar a solução de conflitos para instâncias extrajudiciais.[53]

Lembra Enzo Roppo que o contrato "corresponde instrumentalmente à realização de objectivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis". Para o autor, "daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada".[54]

Se é assim, então a tônica da organização política, social e econômica na contemporaneidade parece ser a complexidade das relações e do mercado, do que é corolário a quebra do paradigma unitário do contrato. E a diversidade de interesses subjacentes às contratações implica uma dinâmica variedade de sujeitos, estruturas e funções, entre negócios típicos e atípicos, paritários e não-paritários.

Nesse ponto, a liberdade manifesta-se distintamente em relação à pessoa humana e à pessoa jurídica e entes despersonificados. Vale dizer: a liberdade da pessoa humana em geral diz respeito a interesses existenciais, envolvendo discussões, por exemplo, acerca das suas opções religiosas, políticas e sexuais, dos atos de disposição do próprio corpo, do uso de cigarro[55], do direito de ir e vir, do direito a ser diferente. A tutela da

---

[52] ATIYAH, Patrick S., *An introduction to the law of contract*, 5. ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 716.

[53] Tais característica são explicitadas por ALPA, Guido, *Les nouvelles frontières du droit des contrats*, *apud* MARQUES, Cláudia Lima, A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?, cit., p. 34.

[54] ROPPO, Enzo, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 24.

[55] Sobre o tema, cf. LOPEZ, Teresa Ancona (coord.), *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

liberdade visa, portanto, proteger o livre-arbítrio e é corolário da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Afirma-se, neste sentido, que a liberdade é um "sub-postulado" da dignidade humana.[56]

Mas a liberdade pode ir além dessa concepção, pois não é apenas direito fundamental da pessoa, mas, também, um valor, corporificado no princípio da autonomia. Pode, portanto, ser exterior à dignidade humana, na medida em que também é atributo de outros sujeitos que não a pessoa natural, os quais também podem ser contratantes. Nessa hipótese, os interesses envolvidos são em geral patrimoniais. A noção de liberdade incorporada à de autonomia e esta, por sua vez, voltada à realização de interesses patrimoniais, conduz à noção de livre iniciativa, cuja proteção é igualmente assegurada pela normativa constitucional, em seus artigos 1º, IV, e 170, *caput*.[57] Segundo Miguel Reale,

> A livre iniciativa não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, *mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados*. *Liberdade de fins e de meio informa o princípio da livre iniciativa*, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170, [...] o direito de livre empresa, pertinente tanto à opção pelo fim econômico visado como à sua organização, sendo a forma de retribuição dos serviços livremente eleita pelos interessados.[58] (grifos aditados)

Assim, entende-se que a liberdade de contratar, que integra a noção de autonomia negocial, é *um dos meios* pelos quais a livre iniciativa pode ser desempenhada, não se vislumbrando razão nem fundamento para se sustentar a independência entre uma e outra noção e, menos ainda, para se negar a tutela constitucional à primeira[59], a despeito de opiniões em sentido contrário.[60] Resta

---

[56] MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, *passim*.

[57] Segundo Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 201 e ss., a livre iniciativa é um desdobramento da liberdade, e "é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho".

[58] REALE, Miguel, *Questões de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 95.

[59] É ainda REALE, Miguel, *Questões de direito privado*, cit., p. 95, quem sustenta: "a liberdade de contratar – ou, mais amplamente, a liberdade negocial – está constitucionalmente assegurada, mesmo porque a livre iniciativa não passaria de um simulacro se ela, no plano prático da ação, não se pudesse consubstanciar em acordos ou convenções mediante os quais duas ou mais pessoas possam estabelecer campos distintos mas complementares de atividade, em livre competição com os demais."

[60] Diverge-se, portanto, do entendimento de ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, Liberdade de contratar e livre iniciativa, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul/set 2003, p. 73-88. Segundo a autora, "Incontestavelmente, a liberdade de contratar é um conceito jurídico, enquanto a livre iniciativa é um conceito econômico recepcionado pela Constituição Federal. (...) Contratos são atos isolados, não se confundem com atividade que é sempre voltada à consecução de um fim, inclusive social. Conseqüentemente, atos isolados não se enquadram no conceito de atividade econômica tutelada pela Constituição. (...) Estabelecida a distinção entre os

inegável, pois, que a autonomia negocial é tutelada pela Constituição, seja com base nos objetivos fundamentais da República[61], seja com respaldo nos princípios gerais da atividade econômica.[62] E o que dispõe o artigo 1º, inciso IV[63], da mesma Constituição, ao estabelecer, entre os fundamentos da República, os valores sociais da livre iniciativa[64], serve também para reforçar o princípio da função social do contrato.

Referindo-se às liberdades econômicas, Daniel Sarmento sustenta ser possível "lastrear a dimensão correspondente da autonomia privada na cláusula da livre iniciativa, pois esta naturalmente pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução dos seus objetivos e de fazer circular a riqueza".[65] Esclarece, todavia, que o reconhecimento do caráter constitucional da autonomia negocial não importa em imunizá-la de restrições legislativas e do controle judicial.[66]

A relevância constitucional da autonomia negocial, sustenta Heloisa Helena Barboza, "deve ser entendida sob duplo perfil: o *positivo*, relativo ao fundamento e à tutela constitucional da autonomia, e o *negativo* que lhe impõe limites"[67], sendo que o fundamento de tal autonomia não pode ser desvinculado da natureza dos interesses pelos quais se desenvolve em concreto. Recordando a lição de Perlingieri, aduz a autora que o interesse é "tensão do indivíduo em relação a um bem", "razão para agir", sendo

---

princípios, fica claro que a Constituição em momento algum alberga a tutela do princípio da autonomia privada nem muito menos o da liberdade de contratar. Alberga, tão-somente, o princípio da livre-iniciativa e com um foco interpretativo restrito aos que exercem atividade econômica e não aos que realizam ato isolado." Nesse mesmo sentido, cf. também PRATA, Ana, *Tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 200: "garantindo a Constituição a existência de um sector privado na economia – embora com as restrições que, quer do interior, quer do exterior, o conformam – tal garantia não é suficiente para se falar num princípio constitucionalmente tutelador da autonomia privada."

[61] CF/1988: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade *livre*, justa e solidária."

[62] CF/1988: "Art. 170. 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, observados os seguintes princípios (...)."

[63] CF/1988: "Art. 1º. A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa."

[64] Segundo LEITE, Fábio Carvalho, Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, out./dez. 2001, p. 125, "a livre iniciativa, que serve de fundamento à ordem econômica, está subordinada aos princípios fundamentais estabelecidos no Título I da Constituição, e, portanto, deve ser interpretada com ênfase nos seus valores sociais, o que senão exclui a liberdade, valor individual por excelência, de seu conceito, restringe, isto é certo, o seu significado e seu alcance na nova ordem constitucional".

[65] SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 216.

[66] SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 216. Para o autor, "existe, sim, proteção constitucional à automomia privada negocial, que no entanto é relativa e tem de ser conciliada com diversos outros princípios e valores constitucionais. Por isso, a lei pode restringir a autonomia para proteger estes outros interesses, desde que de forma proporcional."

[67] BARBOZA, Heloisa Helena, Reflexões sobre a autonomia negocial, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson, *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 413.

que "cada interesse é correlato a um valor".[68] De fato, segundo o citado autor, a autonomia negocial não se identifica necessariamente com a iniciativa econômica ou com a autonomia associativa - que justifica as formações sociais, uma vez que o seu fundamento constitucional é determinado à luz de múltiplos suportes normativos, em razão da natureza dos interesses envolvidos no desempenho da autonomia e aos valores constitucionais aos quais esses interesses são reconduzidos".[69] Não há, pois, um fundamento único sequer para a autonomia negocial.

O reconhecimento de um fundamento constitucional para a autonomia negocial tem, nesta sede, especial relevância também para conferir legitimidade –constitucional - à autotutela contratual, que é expressão daquela autonomia, como será visto mais adiante. Por ora, importa salientar que as relações contratuais podem, então, ser estabelecidas tanto por pessoas naturais quanto por pessoas jurídicas ou entes despersonificados, assim como podem realizar tanto interesses existenciais quanto patrimoniais, ou imediatamente patrimoniais e mediatamente existenciais.[70] E o controle estatal sobre os contratos, justificado pela defendida tutela constitucional da autonomia negocial, deve levar em conta todos esses aspectos e ser mais intenso quanto maior for a dimensão existencial envolvida, conforme enfatiza Judith Martins-Costa:

> Percebemos, assim, a absoluta fratura existente entre as novas necessidades e o método tradicional, que é o método da classificação meramente externa da relação obrigacional, que tem como elemento central a noção de sujeito como algo abstrato, sempre igual em todas as relações; portanto, o sujeito visto externamente, que tem sempre o mesmo papel em todas as relações obrigacionais, que também são vistas externamente e que seriam sempre iguais, conforme o "tipo" contratual abstratamente considerado. Mas basta pensar: nem todas as compras e vendas são sempre iguais, fática e axiologicamente consideradas! Portanto uma análise que apenas descreva os "elementos" da relação obrigacional de compra e venda não é suficiente.
>
> Evidentemente, esse método tradicional ou externo não é mais compatível com a pluralização da subjetividade jurídica, que é o fenômeno que marca nossa época. É preciso que, tecnicamente, possamos discernir as diferenças internas e valorativas concretamente existentes entre uma obrigação contraída por um consumidor por via da Internet, outra ajustada entre grandes empresas, outra entre sujeitos considerados em patamar de relativa igualdade econômica, ou informativa, outra consistente num ato cotidiano, como comprar um refrigerante no bar da esquina, outra, por fim, enucleada numa complexa teia contratual etc.[71]

A intervenção estatal por meio do controle judicial deve, pois, ser mais incisiva nas relações contratuais não-paritárias, no intuito de compensar a desigualdade e

---

[68] BARBOZA, Heloisa Helena, Reflexões sobre a autonomia negocial, cit., p. 411.
[69] PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 343.
[70] Cf. MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
[71] MARTINS-COSTA, Judith, Adimplemento e inadimplemento, Palestra proferida no Seminário realizado em 08.03.2002, in *Anais do "Emerj Debate o Novo Código Civil"*, 2003, p. 98.

assegurar a liberdade contratual, e menos incisiva nas relações paritárias, pois se há liberdade e igualdade, ainda que uma das partes sofra prejuízos, em razão de riscos assumidos mediante consentimento esclarecido, a intervenção do Estado deve ser mínima. Deve, outrossim, ser mais incisiva nas relações contratuais destinadas a satisfazer interesses existenciais, justamente para protegê-los, conforme o grau de essencialidade do bem objeto da prestação.[72] Como propõe Ludwig Raiser, há que se distinguir o direito privado segundo os diversos setores e as variadas relações sociais, diferenciadas conforme o seu grau de relevância pública ou privada.[73] Noutros termos, o controle judicial deve ser operado na medida das necessidades e vulnerabilidades presentes na relação contratual, sejam estas de ordem técnica, jurídica, fática ou informativa.

É importante frisar, todavia, que o direito contratual, ao buscar a igualdade substancial nas relações que regula, não tem por escopo propriamente, e nem condições, de "igualar os contratantes", ou seja, de "erradicar" absolutamente as vulnerabilidades, mas apenas pode, e deve, oferecer meios para a satisfação dos seus interesses legítimos, bem como remédios para a reparação de lesões a esses interesses, intervindo mais incisivamente na defesa dos interessses do contratante vulnerável. Somente assim é possível conceber um "Estado Moderador" em justa medida, capaz de conciliar as demandas do mercado e a ética nas relações contratuais, conforme sustenta Maria Cristina De Cicco:

> A consideração da pessoa humana como um todo, a prevalência do valor da personalidade sobre as situações patrimoniais, o respeito dos deveres inderrogáveis de solidariedade permitem tecer um sistema jurídico-econômico-social que não dá espaço nem para uma intervenção forte do Estado, com um dirigismo exasperado das atividades da empresa, nem para uma absoluta liberdade de mercado. A intervenção do Estado é necessária para assegurar a ética no mercado ou do mercado, dependendo do ponto de vista. Uma intervenção que possa conjugar eficiência econômica e direitos fundamentais. Portanto, que conjugue mercado e solidariedade.[74]

Nesse sentido, é importante considerar que até mesmo a incidência da boa-fé objetiva deve ocorrer de modo diverso conforme a específica relação contratual. Note-se que, em se tratando de relações paritárias, a boa-fé não deve ter a função protetiva ou

---

[72] Nesse sentido, cf. NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*: novos paradigmas, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 451. Segundo a autora, as relações contratuais "devem ser escalonadas em níveis diversos, de maior ou menor intervenção, conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao bem contratado".

[73] RAISER, Ludwig, *Il compito del diritto privato*, Trad. Matta Graziadei, Milano, Giuffrè, 1990, p. 232.

[74] DE CICCO, Maria Cristina, A pessoa e o mercado, in TEPEDINO, Gustavo (org.), *Direito civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 114. A questão é também abordada por PERLINGIERI, Pietro, Mercato, solidarietà e diritti umani, in *Rassegna di diritto civile*, 1/1995, p. 85-117.

reequilibradora que vem lhe sendo atribuída pela jurisprudência brasileira nos casos de relação de consumo, justamente porque não há, em tese, desequilíbrio a corrigir. Assim, a boa-fé limita-se a funcionar como uma cláusula geral de lealdade e colaboração para a consecução dos fins contratuais[75], como asseveram Tepedino e Schreiber:

> É evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista. O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde um custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporada ao preço da operação.
>
> O ambiente comercial e societário, e em particular o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva. (...)
>
> Com efeito, a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pela simples razão de que os *standards* de comportamento são distintos.[76]

Compreendida, portanto, a cooriginariedade das autonomias pública e privada e a liberdade como um conceito intersubjetivo, que, por sua vez, invoca a igualdade, e uma vez reconhecida a tutela constitucional da autonomia negocial, é possível conceber uma solução conciliatória à pergunta inicialmente colocada neste trabalho, pela qual se abre aos contratantes mais espaço para reger e defender os seus próprios interesses independentemente da chancela estatal, mas sem prejuízo de um posterior controle judicial para corrigir eventuais inadequações de conduta (na hipótese de contrariedade à boa-fé) ou abusos (no caso de desvio da função do remédio adotado). O modo e a medida deste controle no tocante aos remédios de reação ao inadimplemento serão aprofundados nos capítulos seguintes. Por ora, importa enfrentar o significado da autotutela contratual.

---

[75] Esse, aliás, é o correto sentido da boa-fé objetiva, mesmo nas relações de consumo, embora os tribunais brasileiros venham adotando a cláusula com fim protetivo e reequilibrador, segundo TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil, in TEPEDINO, Gustavo (coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 34.

[76] TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil, cit., p. 42-43.

1.3 Uma proposta de conciliação: a autotutela contratual entre autonomia privada e controle estatal.

No intuito de responder às duas demandas aparentemente inconciliáveis da pós-modernidade no tocante às relações contratuais, quais sejam, mais autonomia e, ao mesmo tempo, mais controle, coloca-se a necessidade de se revisitar e de se repensar os pressupostos de admissibilidade, os limites e os meios da autotutela no ordenamento brasileiro, a fim de se compreender, revigorar, adequar e até mesmo expandir, para além de hipóteses legalmente previstas, os respectivos instrumentos no âmbito dos contratos, especialmente em face da lesão pelo inadimplemento. Propõe-se a autotutela, e não apenas a tutela estatal, como (um) mecanismo efetivo de defesa de interesses juridicamente protegidos e, conseqüentemente, de reforço da autonomia privada, da segurança e da confiança na seara contratual.

Na proposta apresentada, e como será demonstrado adiante, a autotutela possibilita a ambos os contratantes o uso de instrumentos mais imediatos para a defesa de seus interesses, sobretudo como meio de prevenção ou reação a possíveis lesões (o que reforça a segurança entre os contratantes), sem, contudo, prescindir do ulterior controle estatal, desde que necessário e adequado, como visto (o que reforça a confiança nos mecanismos jurídicos de tutela). Assim, oferece-se uma resposta ponderada às questões da pós-modernidade que mais estreitamente afetam o contrato.

Além do argumento atinente à necessidade de reforço da autonomia para a tutela mais efetiva e célere de interesses legítimos, também militam em favor da autotutela razões de eficiência econômica. A questão coloca em voga a relação entre direito e economia, assim como a utilidade e os limites da análise econômica do direito[77] no que tange à problemática objeto deste trabalho. Nesta sede, o que se pretende não é propriamente estabelecer a eficiência econômica como fundamento ou grande justificativa para a autotutela, mas, ao contrário, enfatizar que, entre as vantagens da autotutela, está aquela de propiciar ao contratante lesado meios para minimizar, prevenir ou estancar os efeitos e prejuízos decorrentes da lesão pelo inadimplemento, afastando

[77] Trata-se de corrente do pensamento que consiste na utilização de conceitos e princípios da ciência econômica com vistas à eficiência das relações jurídicas, destacando-se, nesta linha, nomes como os de Guido Calabresi e Richard Posner, entre outros. Para uma incursão no assunto, cf. ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel, *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

riscos contratuais não assumidos, bem como a de reduzir o chamado "risco judiciário", que pode ser assim entendido:

> O impacto do judiciário sobre a economia é maior do que geralmente se reconhece. É recente a compreensão de que o judiciário e suas mazelas, mais do que uma moléstia isolada, são um dos grandes fatores que seguram o crescimento da economia do país. Aqui nomeamos de "adicional do risco judiciário" o elemento que as empresas devem incluir – e o fazem – em suas pesquisas de investimento, levando em consideração a qualidade do sistema judicial no local em que pretendem investir.
> (...) Portanto, os dados nos fazem concluir que o desempenho do judiciário tem, sim, uma influência agigantada sobre a economia. Por via direta ou reflexa, acaba por afastar investimentos no país, investimentos dos quais o Brasil, por sua condição de economia em desenvolvimento, não pode se dar ao luxo de abrir mão. A própria prestação de serviços pelo governo, como se vê, fica prejudicada diante de um judiciário ineficiente.[78]

Segundo o economista Armando Pinheiro Castelar, o judiciário impacta no desempenho econômico do país por quatro canais: o progresso tecnológico, a eficiência das empresas, o investimento e a qualidade da política econômica. De fato, constata-se facilmente que um adicional de risco judiciário muito pesado pode ser intolerável para certas empresas.[79] Portanto, entre outras soluções possíveis (reformar a legislação processual, aprimorar o judiciário, incrementar meios alternativos de resolução de conflitos), a autotutela, especialmente no campo contratual, também é (uma) medida que se mostra eficiente sob a perspectiva econômica. E essa eficiência será melhor demonstrada no decorrer da análise dos vários instrumentos de autotutela a ser empreendida no terceiro capítulo.

Por oportuno, cabe aqui considerar que, sob a perspectiva civil-constitucional, a atuação do Direito não pode ser transformada em instrumento para a realização dos fins estritos da economia[80], pois deve contribuir para promover a eficiência econômica apenas quando esta atender ou, pelo menos, não prejudicar a concretização dos princípios e valores constitucionais.[81] É justamente essa a medida em que deve ser vista

---

[78] SEFER, Tiago Nasser, *O adicional do risco judiciário e seu custo econômico*, p. 4-8, disponível em: <http://www.iders.org/textos>, acesso em: 31 maio 2011.

[79] PINHEIRO, Armando Castelar, *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*, fev. 2003, disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf >, acesso em: 31 jan. 2011.

[80] Neste sentido, sustenta PERLINGIERI, Pietro, *Perfis*..., cit, p. 64: "não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para 'escrutinar o direito' e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica".

[81] RUZIK, Carlos Eduardo Pianovsky, A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente, in RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et alii* (org.), *Diálogos sobre direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 137. Cf., ainda, PERLINGIERI, Pietro, Economia e diritto, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, ESI, 2003, p.

a eficiência econômica da autotutela, enquanto se presta a viabilizar a defesa de interesses considerados legítimos pelo ordenamento. E o interesse econômico, inegavelmente presente na vida em sociedade, sobretudo considerando-se que o contrato "sempre cumpriu funções econômicas, individuais e macroeconômicas"[82], também deve ser tutelado pelo direito, sendo certo que já não é sustentável a indissociabilidade entre direito e economia.[83]

Postas tais premissas, e antes de adentrar a análise do objeto central deste trabalho, que é o inadimplemento, a ser detidamente estudado no segundo capítulo, bem como a operatividade e potencialidades expansivas dos instrumentos de autotutela pelo inadimplemento, o que será visto no terceiro capítulo, cumpre compreender o próprio conceito de autotutela, o dogma que a permeia, o seu fundamento e suas características gerais.

1.3.1 O conceito de autotutela contratual na linguagem dos remédios.

Após o primeiro esforço sistemático e reconstrutivo da figura da autotutela devido a Emilio Betti[84] e uma posterior elaboração e aprofundamento de um conceito unitário de autotutela no direito privado por Lina Bigliazzi Geri[85], outros estudos, especialmente pela doutrina italiana e alemã, dedicaram-se ao tema, mas muitas incertezas a respeito remanescem na atualidade.

Para Betti, constitui autotutela a tutela de um interesse operada diretamente pelo próprio interessado.[86] Para Geri, a autotutela é forma de reação a uma lesão de interesse juridicamente relevante, lesão que deve ser injusta, porque dependente de um comportamento *non jure* (não justificado por uma situação capaz de legitimá-lo *a*

271, para quem "*il mercato ha bisogno di norme che lo legittimino e lo regolino: tra mercato e diritto non v'è un prima o un dopo, ma una inscindibilità logica e storica*."

[82] LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, RT, 1998, 542.

[83] Segundo NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, cit., p. 387, "Não surpreende que a indissociabilidade do Direito e Economia seja, em geral, e teimosamente, desconsiderada pela teoria civilista. A separação entre Direito e Economia, no âmbito do direito civil, apresenta-se como corolário da concepção liberal de que o direito privado e o direito público (este sim permeável à ingerência de diretivas socioeconômicas) constituem os dois pólos do universo jurídico: cada um se nutrindo de princípios reciprocamente excludentes. Num contexto normativo em que, ao invés, são cada vez mais insinuantes as relações entre o público e o privado, com a presença ativa tanto do Estado-juiz como do Estado-legislador na conformação dos contratos celebrados entre particulares, abre-se espaço para a incursão da teoria econômica na teoria jurídica. Cria-se, de fato, um ambiente propício à transposição de critérios, categorias e classificações econômicas para a teoria jurídica, na medida em que se reconhece que, funcionalmente, Direito e Economia têm o mesmo destino, delineado pela ordem constitucional."

[84] BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, II edizione, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1936, p. 20, e Autotutela, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 1959, p. 529.

[85] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, *I*, Milano, Giuffrè, 1071.

[86] BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 20.

priori) e *contra jus* (porque lesivo de um interesse juridicamente relevante).[87] Segundo a citada autora, a atividade de autotutela constitui o resultado do exercício de certos direitos potestativos, fundados na própria lei ou em uma previsão pactícia, graças ao qual é consentido ao interessado realizar *ex se* e imediatamente pela via extrajudicial um determinado efeito na esfera jurídica do autor do fato lesivo.[88] Na lição da autora, releva ainda para o conceito o entendimento de que a lesão subjacente à autotutela pode ser efetiva (lesão atual) ou concretizar-se em uma situação de mero perigo (lesão potencial).

Outra definição, menos técnica e mais afeta ao senso comum, é ainda encontrada na doutrina, segundo a qual autotutela é "fazer justiça por si", definição que, segundo Massimo Bianca, necessita ser precisada a partir da função da figura, que é a de atuar como remédio contra a violência ou ameaça alheia.[89]

Depreende-se, pois, que a noção de lesão é nuclear para a compreensão da autotutela como reação em defesa de um interesse juridicamente protegido, concepção que coloca em voga a importância de se situá-la como uma espécie de tutela. Esta, por sua vez, na lição de Geri, recorrendo ao conceito de Lehmann-Hübner, representa o instrumento predisposto pelo ordenamento jurídico para a eventualidade de o equilíbrio estabelecido pela norma ser ou correr o risco de ser, em concreto, comprometido por um fato proveniente da esfera jurídica alheia e que contraste com o princípio de regularidade fixado pela própria norma, tornando-se indispensável a respectiva conservação ou recomposição.[90]

Assim, muito embora o termo "tutela" não raro seja utilizado no sentido de "reconhecimento", "proteção", "garantia" ou "defesa" de interesses por parte do ordenamento, em geral atrelado ao imperativo de segurança jurídica e condicionado pela tradicional definição de direito subjetivo como "interesse protegido", cabe atentar para a sua noção mais técnica e estrita de "reação". Isso porque a generalidade de enunciações como as anteriormente citadas acaba por colocar no mesmo plano o que diz respeito à situação subjetiva em seu momento fisiológico, de satisfação do interesse, e o que é afeto ao seu momento patológico, de lesão do interesse. Nesse sentido, assevera Geri que "*non si deve confondere ciò che attiene alla (regolare) attuazione del rapporto*

---

[87] GERI, Lina Bigliazzi, Autotutela: II) Diritto civile, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, 1988, p. 2.
[88] GERI, Lina Bigliazzi, Autotutela: II) Diritto civile, cit., p. 2. A autora exemplifica a autotutela fundada em previsão pactícia com a figura da cláusula resolutiva expressa, que será analisada no capítulo 3.
[89] BIANCA, Massimo, Autotutela, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Aggiornamento, 2000, p. 132.
[90] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici..., I*, cit., p. 29.

obbligatorio (soddisfacimento in via fisiologica del diritto di credito) con ciò che attiene al momento della tutela conseguente all'inadempimento".[91]

Como é cediço, a lesão ou o perigo de lesão de uma situação subjetiva, em regra, fazem surgir, em favor do titular dessa situação, um direito potestativo destinado a operar no plano processual, consubstanciado no direito de ação, que lhe permite recorrer aos órgãos jurisdicionais do Estado para obter a atuação da tutela prevista. Observa-se que o ordenamento jurídico admite duas formas de reação, seja provendo automaticamente a eliminação da lesão (tutela *ex lege*)[92], seja atribuindo ao titular da situação lesada ou ameaçada o direito de provocar a respectiva superação. Neste segundo caso, a tutela se realiza necessariamente por meio do exercício (momento dinâmico) do direito. Mas nada obsta que este exercício ocorra diretamente no plano substancial, ou seja, extraprocessual. A propósito, ainda a lição de Lina Geri, referindo-se à segunda forma de reação:

> *Tipico effetto dell'ultimo dei mezzi considerati è, dunque, quello di consentire in ogni caso al privato di difendere un proprio interesse esclusivamente attraverso una propria attività, rispetto alla quale l'autore del "fatto lesivo" viene a trovarsi in situazione di soggezione e, perciò, nella giuridica impossibilità di contrastare utilmente o, comunque, di vanificare l'attuazione della tutela. Questa va sotto il nome di autotutela (o difesa privata o, ancora, giustizia privata) e consiste, appunto, - secondo la tradizionale definizione – nella difesa extraprocessuale delle situazioni soggettive private per atto unilaterale della parte interessata.*[93]

Infere-se, pois, que o direito de ação e a tutela processual não exaurem o sistema de meios que o ordenamento jurídico, em sua completude, oferece aos sujeitos para a defesa de seus próprios interesses. Uma reflexão em termos reconstrutivos da autotutela privada, com o fim de revigorar e até de expandir os seus instrumentos, em especial nas relações contratuais, postula um conceito de tutela não necessariamente ancorado na jurisdição estatal.[94] Emerge, então, a necessidade de se rever a tradicional relação entre direito substancial e direito processual, concebendo-se uma noção mais abrangente de tutela, não necessariamente coincidente com a atuação coativa do direito.[95]

---

[91] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici..., I*, cit., p. 14.

[92] Um exemplo seria a decadência do benefício do termo (momento da tutela em sentido próprio), diante da insolvência do devedor, permitindo ao credor exigir imediatamente a prestação (momento da satisfação do interesse).

[93] GERI, Lina Bligliazzi, *Profili sistematici..., I*, cit., p. 38.

[94] Sobre a exigência de se recuperar relativamente à tutela um espaço de autonomia, cf. Adolfo DI MAJO, Tutela (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992, p. 360 ss.

[95] DI MAJO, Tutela (diritto privato), cit., p. 376 ss.

De fato, o modelo da *Civil Law* não parece conhecer figuras intermédias entre os direitos reconhecidos por normas substanciais e as ações destinadas ao seu exercício pela via processual. Cada direito é acionável perante o juiz, incumbindo à legislação processual disciplinar o respectivo modo de operação. Assim, em matéria contratual, entre o direito do credor e a ação destinada a atuar as conseqüências do inadimplemento, realmente parece não haver muito espaço para outras figuras, aspecto que explica, por exemplo, o fato de instrumentos como a exceção de contrato não cumprido e a retenção serem mais freqüentemente utilizados no plano judicial do que no extrajudicial.

Diversamente, na perspectiva do direito comunitário europeu, bem como no modelo da *Common Law*, o direito dos contratos é um direito essencialmente orientado às formas de tutela[96], um sistema mais de "remédios" do que de proclamação de direitos substantivos[97], ou seja, de meios ou instrumentos destinados a responder à não observância do ordenamento mediante a lesão de interesses merecedores de tutela.[98] Isso porque os sistemas do direito comunitário e da *Common Law* são sistemas não codificados. A linguagem dos remédios deriva, então, da experiência de ordenamentos que, não tendo um direito codificado, considera prioritário que o sistema dos remédios (*remedies*) preceda em certa medida a enunciação dos direitos. A ausência de uma codificação induz necessariamente a olhar *in primis* as concretas respostas que, por obra dos juízes ou das próprias convenções havidas entre as partes, venham a ser dadas nas hipóteses em que ocorram violações de princípios e regras próprios do ordenamento.[99]

Dessa forma, o "remédio", definido por um jurista anglo-saxão como *cure for wrongs*[100], nem sempre precisa apoiar-se em um direito, mas em um interesse.[101] Direito e remédio são, assim, instrumentos para dar relevância jurídica às várias ordens de interesses que a realidade manifesta. Mas a linguagem dos remédios indica um passo

---

[96] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 1.
[97] CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, v. II, Milano, 2007, *passim*.
[98] MATTEI, Ugo, Il diritto soggettivo, t. 2, in *Trattato Sacco*, Torino, 2001, p. 108. Para o autor, os sistema de remédios corresponde "*a quell'ampio insieme di regole giuridiche formali e informali che si occupano di quale soddisfazione un consociato possa ottenere nel caso in cui un suo interesse, degno di protezione giuridica venga leso*."
[99] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 2.
[100] LAWSON, F. H., *Remedies of English Law apud* Adolfo DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 3.
[101] CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 748, para quem "*il diritto privato europeo si discosta dalla dogmatica dei diritti soggettivi, concentrandosi piuttosto sul soddisfacimento dell'interesse*". Para uma visão sistemática dos remédios na *Common Law*, cf. TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for breach of contract – a comparative account*, Oxford, 1991, *passim*; na doutrina italiana, cf. DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 49 ss. e também Il linguaggio dei rimedi, in *Europa e diritto privato*, 2005, p. 347 e ss.; MATTEI, Ugo, Il diritto soggettivo, t. 2, in *Trattato Sacco*, Torino, 2001, 107 s.; e VETTORI, Giuseppe (a cura di), *Remedies in Contract*, Padova, Cedam, 2008.

adiante nas reflexões em torno do contrato, que, como observa Castronovo, não é apenas fonte de efeitos (direitos de crédito, direitos reais, garantias etc.), mas programa negocial constelado de remédios que se propõem a eliminar os conflitos freqüentemente ocorridos por ocasião de sua formação e execução[102], com o que se prioriza não a auto-referencialidade do direito, mas a exigência de se responder a necessidades mais imediatas de tutela de interesses.

Destarte, uma abordagem do direito dos contratos que privilegie o aspecto da tutela e dos remédios, voltada à atuação dos interesses envolvidos, é índice de uma escolha metodológica que busca olhar mais empiricamente para o modo pelo qual o direito contratual deve ter efetividade no ordenamento, mesmo nos sistemas de *civil law*, como o brasileiro. Nessa esteira, ensina Di Majo que as tutelas contratuais têm diversa colocação segundo a sua direção, sendo que, para a compreensão de seu *modus operandi*, é importante ter presente a estrutura e a função dos respectivos remédios. Numa visão geral, há tutelas que visam a resguardar o consentimento do sujeito (invalidantes), a atuar os efeitos diretos do contrato (execução específica ou por equivalente, a fim de colocar o contratante não inadimplente na mesma situação em que estaria caso tivesse sido cumprida a prestação devida pelo outro), a promover a resolução ou o ressarcimento dos danos decorrentes da privação da prestação prometida, na hipótese de extinção do vínculo, ou dos danos decorrentes do adimplemento retardado. Atenta ainda o autor para o fato de que muitos remédios são compatíveis com formas de regulamentação operadas pelas próprias partes, na medida em que "*la via giudiziale non è l'unica a doverse percorrere*"[103], assumindo, entre os remédios ditos "voluntários", instrumentos de autotutela unilateral (ex.: exceção de contrato não cumprido e retenção) e bilateral (claúsula resolutiva expressa). Para o jurista, "*è innegabile che i rimedi qui previsti, inquanto diretti ad evitare l'intervento del giudice, si riconducono all'idea della 'autotutela'* ". [104]

Os mencionados instrumentos de autotutela, entre outros que serão oportunamente analisados, inserem-se, portanto, no amplo conjunto de remédios que integram o sistema de tutelas contratuais. E tal sistema merece ser revisitado a partir de uma análise crítica do primado absoluto e do caráter exclusivo da jurisdição que, por

[102] CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di dirito privato europeo*, cit., p. 752.
[103] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 7.
[104] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 225.

força de "razões superiores do ordenamento"[105], tornou raro e excepcional o recurso à autotutela privada. Nesse contexto, mostra-se relevante investigar as possibilidades de revigoramento e expansão dos instrumentos de autotutela contratual.

1.3.2 Rompendo um dogma: da autotutela proibida à autotutela constitucionalizada e controlada.

A autotutela não tem, no nosso ordenamento, um explícito reconhecimento de caráter geral. Ao contrário, a doutrina[106] prevalecente a considera proibida em via de princípio, enquanto comportamento socialmente indesejável, idéia presente desde ordenamentos antigos.[107] As raízes dessa proibição encontram-se na reprovação das formas primitivas de justiça privada, não mais tolerada em fases mais evoluídas da civilização humana. Isso porque, primitivamente, face à inexistência de um órgão estatal soberano e com autoridade suficiente para garantir o cumprimento do direito e superar os arroubos individualistas, a autotutela "não proporcionava a realização da justiça, mas a vitória do mais forte ou astuto sobre o mais fraco".[108]

Na época moderna, a proibição da justiça privada teve em doutrina uma matriz ideológica na concepção pan-estatal, segundo a qual é o Estado que concede os direitos e é, portanto, somente o Estado que deve prover a sua respectiva tutela. Assim, a autotutela seria proibida qualquer que fosse a forma utilizada pelo sujeito para a defesa

---

[105] CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, p. 63.

[106] Nesse sentido, cf., por todos, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, in *Teoria geral do processo*, cit., p. 29, que afirmam a admissibilidade da autotutela somente em casos "excepcionalíssimos". Na doutrina italiana, cf. ROPPO, segundo o qual "*fondamentale principio [...] è che il titolare del diritto non può farsi giustizia da sé [...] è il principio del divieto di autotutela privata dei diritti*"; ALPA, segundo o qual "*non è consentito farsi giustizia da sé";* e RESCIGNO, que sustenta que "*la tutela dei diritti soggettivi [...] non è lasciata alle reazioni dell'interessato: sono dunque eccezionali quelle forme di attuazione e difesa conosciute sotto il nome di autotutela*", *apud* Massimo BIANCA, Autotutela, cit., p. 130.

[107] Angelo SATURNO, *L'autotutela privata*, Napoli, ESI, 1995, p. 203. Sob uma perspectiva histórica, o autor esclarece que a proibição da autotutela já constava do Código de Hammurabi e que, no Império Romano, il *Decretum Divi Marci* di Marco Aurelio também a continha, estabelecendo a perda do direito para quem dela se valia, bem como o dever de restituir em dobro o que fora subtraído. Ainda sobre a figura no direito romano, explica Massimo BIANCA, Autotutela, cit., p. 130: "*l'affermazione dell'autorità imperiale avrebbe però progressivamente portato al principio del monopolio esclusivo dell'amministrazione pubblica della giustizia e all'interdizione fatta ai privati di sostituirsi ad essa. Il principio trova espressione in un noto passo di Paolo, in cui l'ampia preclusione a carico dei privati di tutto ciò che rientra nella competenza della giurisdizione pubblica sembra opera dei compilatori dei Digesta, quale concezione maturata nel VI secolo d.C. Al fondo di questa concezione rimane la spiegazione data da Paolo, ossia l'esigenza di evitare attentati all'ordine pubblico. Ciò che si vuole evitare, in definitiva, è la violenza, che appare consentita solo là dove si tratta di respingere la violenza altrui*."

[108] PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, 4. ed, São Paulo, RT, 2006, p. 647. O autor registra que, também na Idade Média, "o regime feudal fez, por longo tempo, prevalecer o direito do mais forte. As armas eram empregadas tanto para a reivindicação dos próprios direitos quanto para praticar atos abusivos. Lutavam também os nobres, as cidades etc., mas também os particulares, o que não supreendia em tempos nos quais era extremamente difícil obter justiça através dos meios legais."

da sua própria esfera jurídica. A justiça, então, seria monopólio do Estado porque este é a fonte do direito. Outro fundamento de tal monopólio também se infere do antigo interesse de preservação da paz e da ordem social.[109] Com efeito, os modernos Estados de Direito impuseram, para a garantia da justiça e da paz social, que a defesa das posições subjetivas dos privados fosse reservada ao próprio Estado, substituindo-se a ação direta do indivíduo pelo direito potestativo de ação, como meio de provocação da intervenção jurisdicional.

Todavia, contra a radical e absoluta vedação da autotutela, não obstante tenha assumido tal figura em caráter excepcional e taxativo, observou Betti ser inadequado o entendimento de que a avocação da tutela processual pelo Estado nos ordenamentos jurídicos modernos excluiria por completo e em qualquer caso uma tutela operada diretamente pelo próprio interessado, isto é, a autodefesa privada.[110]

Pode-se dizer que a autotutela representa, tradicionalmente, uma "suplência" pelo privado das funções estatais de tutela, e a sua proibição parte da pressuposição de que a proteção e o auxílio estatal são, em regra, imediatamente disponíveis.[111] Mas, hodiernamente, diante da morosidade e falibilidade da reação do Estado, em especial pela via judiciária, a devolução ao privado de funções estatais é prática cada vez mais recorrente, e não mais necessariamente em caráter subsidiário, o que se confirma pelo crescente recurso a meios alternativos e extrajudiciais de solução de conflitos. Como explicita Angelo Saturno,

> (...) *oggi, la devoluzione di compiti statali al privato è addirittura "di moda"; e riguarda tutti i settori, compreso quella della giustizia. (...) L'autotutela, quindi, in un certo senso, può essere inserita in una più generale tendenza verso la "privatizzazione" (oltre che giuridica, di fatto) dei servizi e compiti statali: e così come le cliniche private sostituiscono sempre di più gli ospedali pubblici; la scuola privata quella pubblica; i corrieri privati la posta statale; allo stesso modo, un sempre maggior numero di persone preferisce rinunziare alla giustizia dello Stato, ed affidarsi a quella arbitrale.*[112]

---

[109] BIANCA, Massimo, Autotutela, cit., p. 131.

[110] BETTI, Emilio, *Diritto Processuale Civile Italiano*, cit., p. 30. O mesmo autor, in *Autotutela*, cit., p. 529, afirma que "*una tutela del proprio interesse operata direttamente dallo stesso interessato (auto-tutela), mentre è riconosciuta alla pubblica amministrazione giusta il principio dell'esecutorietà degli atti amministrativi e secondo la presunzione della loro legittimità, è nello Stato moderno vietata, in linea di principio, ai privati e repressa con sanzioni penali quando assume forme pericolose per la pacifica convivenza sociale (art. 392-393 c.p.). Tuttavia è permesso al privato interessato, in varie circostanze previste e tassativamente determinate, di provvedere a conservare e ad attuare quello stato di fatto che sia conforme al suo diritto insoddisfatto o minacciato.*"

[111] Note-se que, até mesmo no ordenamento alemão, onde a autotutela é prevista em caráter geral no § 229 do BGB, a mencionada figura somente é admitida quando não seja possível recorrer tempestivamente aos poderes públicos, daí o seu tradicional caráter subsidiário.

[112] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 204.

Especificamente quanto à "privatização" das funções de justiça e à relevância da defesa privada de interesses, com as suas vantagens e perigos, pondera ainda o citado autor:

> *È chiaro che, nei campi in cui lo Stato viene meno alle sue funzioni, subentra l'iniziativa privata; ed a questa regola, la giustizia non sembra fare eccezione. Tuttavia, la "fuga nel privato" non è indolore. Essa non produce soltanto vantaggi; ma genera anche – ed è sotto gli occhi di tutti – sperequazioni ed ingiustizie a danno dei più deboli. Queste tensioni si riflettono tal quali nell'autotutela, il cui impiego, quanto più sia generale, tanto più rischia di sfociare nell'abuso. E, in questo senso, i problemi della giustizia non vengono risolti, o comunque adottano procedure ben precise e controllate. Difatti, per l'arbitrato è necessario un accordo, che il debitore incallito rifiuterà sempre. Diviene allora giocoforza, a meno di non rinunciare al proprio diritto o di rivolgersi alla macchinosa giustizia ufficiale, ricorrere ad un tipo di difesa ancora più privata, ad una difesa "fai da te": in una parola, all'autotutela.*[113]

Assim, a notória ineficiência do Estado no cumprimento de suas tarefas primárias torna especialmente útil um estudo sobre a autotutela e seus instrumentos na atualidade. Não parece possível, contudo, o recurso à autotutela como panacéia de todos os conflitos de interesses, e nem se pretende sustentar o abandono das formas tradicionais de tutela legal e dos mecanismos estatais de solução de conflitos, uma vez reconhecida a necessidade do Estado e de sua intervenção jurisdicional para a manutenção da ordem pública, para a defesa de interesses coletivos e de sujeitos em situações de vulnerabilidade. Por certo, a atuação do Estado pelo Poder Judiciário corresponde à determinação constante do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Portanto, seria temerária, até porque vedada constitucionalmente, a defesa de um modelo de justiça exclusivamente privado.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a noção de autotutela não se confunde com a de vingança privada ("olho por olho, dente por dente") ou com o exercício arbitrário das próprias razões e nem deve ser compreendida sob a ótica voluntarista e individualista que inspirou o liberalismo clássico, a qual permitiria uma autotutela sem limites e sem controle, voltada a satisfazer interesses possivelmente indignos de proteção e esmagadores da esfera jurídica alheia. Assim, especialmente no tocante às relações contratuais, não podem ser legítimos atos como o despejo pelas vias de fato[114] ou mediante coação[115], a agressão física do devedor para que pague uma

---

[113] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 205.

[114] Nesse sentido, cf. o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO AJUIZADA POSTERIORMENTE AO ABANDONO DO IMÓVEL PELA

promissória vencida, o apossamento da coisa pelo comprador antes do acordo sobre o preço, a retenção pelo empregador de objetos do empregado para satifazer um crédito e a retirada de cambial da mão do credor para impor compensação.[116]

É sabido que o exercício arbitrário das próprias razões, em vários ordenamentos, constitui crime[117], e, especificamente no código penal brasileiro, a conduta encontra-se tipificada no respectivo artigo 345[118], entre os crimes contra a administração da justiça. A norma visa à punição de quem, tendo ou acreditando ter direito contra outra pessoa, em vez de recorrer à justiça, arbitrariamente satisfaz sua pretensão, seja esta legítima ou ilegítima.[119] Do teor da mencionada norma, depreende-se, todavia, que não há vedação absoluta do exercício das próprias razões, claramente admissível mediante permissão legal, a configurar o exercício regular de direito.[120]

Por óbvio, a referida norma, mais do que negar a autotutela em geral, tem por escopo sancionar o seu exercício arbitrário. Se não se discute que uma das funções do Estado, e uma das razões de sua existência, é a administração da justiça, também é certo, como lembra Sady Gusmão, "que o Estado faz concessões, nem poderia deixar de fazê-las, tendo em vista o *status libertatis* e a segurança do direito, e por isso excluem o

---

LOCATÁRIA. POSSIBILIDADE. OBJETIVO: EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. (...) 3. As ações de despejo têm natureza pessoal, objetivando a extinção do contrato de locação, em razão do fim de seu prazo de vigência, por falta de interesse do locador em manter o vínculo porque o locatário inadimpliu qualquer de suas obrigações ou ainda porque é de seu interesse a retomada do imóvel, por uma das causas previstas em lei. 4. Hipótese em que, não existindo nos autos prova de que o contrato de locação foi rescindido, deve prevalecer a presunção de sua validade, sendo vedado à locadora retomar a posse do imóvel por sua livre e espontânea vontade, ainda que a locatária estivesse inadimplente no cumprimento de suas obrigações, sob pena de exercer a autotutela. O remédio jurídico, em tal caso, nos termos do art. 5º da Lei 8.245/91, é o ajuizamento da necessária ação de despejo. 5. Recurso especial conhecido e improvido." (STJ, Resp. 588.714/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 29/05/2006).

[115] A título ilustrativo, cf. o seguinte acórdão: "Exercício arbitrário das próprias razões – Agente que, procurando compelir a desocupação de imóvel, corta arbitrariamente a energia elétrica da residência onde morava a ofendida – Configuração – Configura exercício arbitrário das próprias razões a conduta de agente que, procurando compelir a desocupação de imóvel, corta arbitrariamente a energia elétrica da residência onde morava a ofendida." (TACRIMSP, Ap. 1417597/6, 3ª C., Rel. Poças Leitão, j. 22/06/2004).

[116] Os três últimos são exemplos de julgados extraídos da jurisprudência italiana, por obra de MANZINI *apud* GUSMÃO, Sady Cardoso de, Exercício arbitrário das próprias razões, in CARVALHO SANTOS, J. M. de, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XXII, Rio de Janeiro, Borsoi, [s.d.], p. 7.

[117] Registra Luiz Regis PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 646, que "no Direito comparado há diferentes modelos de tutela penal dos comportamentos de exercício arbitrário das próprias razões, desde a ausência de sua incriminação expressa até a tipificação do exercício de qualquer direito sempre que concorra o desvalor da ação que representa a utilização de ameaça ou violência."

[118] "Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa."

[119] DELMANTO, Celso, *Código penal comentado*, São Paulo, Renovar, 1986, p. 538.

[120] Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, São Paulo, RT, 2007, p. 1.100, assevera: "a parte final do tipo penal – *salvo quando a lei o permite* – é desnecessária, pois óbvia. Se a lei permite que o agente atue dentro do exercício de um direito, torna-se evidente que não se pode considerar criminosa a conduta. (...) Note-se que, nesse caso [desforço possessório] há autorização estatal para tal postura, não se considerando usurpação de função, nem tampouco prejuízo para a administração da justiça, até mesmo porque o Estado não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo. Permite, então, que o particular defenda-se diretamente, fazendo uso de um direito."

crime a legítima defesa e o estado de necessidade; por isso se reputam legítimos o desforço possessório e o direito de retenção".[121] Observa ainda o autor que o citado delito "se exclui não havendo dissentimento por parte do sujeito passivo do crime"[122], o que permite entrever no consenso do sujeito passivo uma excludente de antijuridicidade.

Com efeito, segundo assinala o penalista italiano Manlio Mazzanti, não há antijuridicidade quando a conduta do agente é justificada por normas jurídicas, por princípios gerais de direito e por convenções.[123] E a assertiva de que o consenso do suposto lesado afasta o caráter arbitrário do exercício das próprias razões e, consequentemente, a sua antijuridicidade é especialmente relevante para demonstrar a vocação expansiva da autotutela, por meio da autonomia privada e independentemente de previsão legal expressa, notadamente no campo contratual.

Segundo Bianca, não há propriamente uma proibição da autotutela como tal, mas, sim, um preceito geral de respeito aos direitos alheios.[124] Portanto, a autotutela, por comportar uma interferência, apesar de reacionária, na esfera jurídica alheia, encontra óbice em vários limites. Mas o fato de ser limitada, por si só, não permite concluir que seja ela proibida. Sustentando um sistema aberto em matéria de autotutela, o citado autor ainda assevera:

> *(...) la liceità dell'autotutela dev'essere verificata nel confronto con le situazioni in cui l'ordinamento riconosce la prevalenza dell'interesse dell'autore dell'illecito o della minaccia. La molteplicità di tali situazioni concorre a delineare un sistema aperto in cui le previsioni autorizzative dell'autotutela appaiono suscettibili di essere applicate anche ai casi non previsti quando il fondamento della norma ne imponga la medesima applicazione*.[125]

Na doutrina alemã, Shünemann sustenta que a autotutela também desempenha na vida jurídica um importante papel, sendo que, com base no direito vigente, não é sustentável uma "proibição de autotutela" correlata a um "monopólio estatal da defesa de direitos". A autotutela não é uma exceção em derrogação de uma tal proibição, mas é, ao contrário, parte da ordem geral de tutela dos direitos.[126]

---

[121] GUSMÃO, Sady Cardoso de, *Exercício arbitrário das próprias razões*, cit., p. 6.
[122] GUSMÃO, Sady Cardoso de, *Exercício arbitrário das próprias razões*, cit., p. 5.
[123] MAZZANTI, Manlio, Exercizio arbitrario delle proprie ragioni, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 620. Para o autor, referindo-se à mesma norma na experiência italiana, "*il legislatore ha proprio nelle fattispecie astratte ora considerate ritenuto di dover sottolineare l'esigenza della antigiuridicità dell'azione con il termine 'arbitrariamente', che a rigore costituisce un pleonasma nella struttura delle disposizioni*."
[124] BIANCA, Massimo, Autotutela, cit., p. 133.
[125] BIANCA, Massimo, Autotutela, cit., p. 134, que, no mesmo sentido, cita GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1936.
[126] SCHÜNEMMAN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, 1985, *apud* BIANCA, Autotutela, cit., p. 143. Tradução livre. O autor admite a aplicação analógica além dos casos contemplados no § 229 do BGB, sublinhando, contudo, a

Em defesa de um poder geral de autotutela se pronuncia Angelo Saturno, aderindo ao entendimento de alguns autores alemães que identificam na autotutela uma utilidade social, enquanto integração da tutela jurídica estatal.[127] Na mesma linha, defende Dagnino que a autotutela traduz um poder geral de defesa dos direitos, inerente à capacidade jurídica reconhecida aos indivíduos[128], e, também, Ferrara Santamaria, para quem a autotutela é "natural e legítimo desempenho do poder de disposição, cabível a cada um, de atuar e perseguir por si próprio o exercício e a realização, inclusive executiva, do próprio direito, dentro dos limites consentidos pelo ordenamento".[129]

Evidentemente, à luz da principiologia constitucional como norte de todo o ordenamento, sobretudo por força dos princípios da liberdade e igualdade substanciais, sendo o primeiro compreendido em sua intersubjetividade, a autotutela no campo privatístico há de ser admitida de forma limitada e controlada, como meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos. O seu pretendido revigoramento e expansão, portanto, não significa um retrocesso, mas inegável avanço na direção de uma ordem jurídica apta a reconhecer e fortalecer a capacidade dos sujeitos contratantes tanto para autoregulamentarem quanto para autotutelarem os seus próprios interesses, viabilizando soluções mais efetivas e céleres, e não menos justas do que as soluções obtidas por meio da tutela estatal.

Ademais, a estigmatização da autotutela como ato atentatório da ordem pública e da paz social já não se sustenta quando a figura, ao revés, revela-se favorável à consecução de tais fins. Nesse sentido, a autotutela, funcionalizada à garantia do ordenamento mediante a efetiva defesa de interesses merecedores de proteção, não estaria, no dizer do jurista alemão Johannsen, em contraste com a "essência" do Estado de direito, ou seja, com "as suas características constitucionais", mas representaria até mesmo um elemento de concretização de tais "características"[130], ou seja, de seus princípios fundantes.

Numa visão reconstrutiva, revigorada e funcionalizada, coloca-se a necessidade de se superar a resistência tradicional, em favor de uma leitura da autotutela enquanto

---

necessidade de observância dos pressupostos da impossibilidade de recorrer às autoridades públicas e à urgência de uma imediata defesa direta, sem a qual incorreria em sério perigo a realização do direito.

[127] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 249.

[128] DAGNINO, Antonio, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 42 e 64.

[129] FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937, p. 199. Tradução livre.

[130] JOHANNSEN *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 249.

"*principio suscettibili di ulteriori sviluppi e di sempre nuove applicazioni*"[131], tendo em vista a efetiva realização e defesa de interesses no plano substancial. Em tal perspectiva, admite-se o enquadramento da autotutela no próprio conteúdo das situações subjetivas, como uma fase (não necessária) do desenvolvimento da relação jurídica, em função da plena atuação dos interesses nela envolvidos.

Na dialética do confronto entre velhos e novos perfis da autotutela, pode-se dizer que esta é hoje informada por princípios constitucionais (tais como a dignidade humana, a liberdade, a solidariedade e a livre iniciativa), que, devidamente observados e aplicados, conferem-lhe legitimidade, quando a permitem e a expandem, fundamentam a sua inadmissibilidade, quando a proíbem ou limitam, e promovem a sua adequação, quando a controlam. Essa concepção "constitucionalizada" da autotutela pode ser aferida inclusive no campo administrativo, em que é consentido à Administração Pública a revisão e execução de seus próprios atos, desde que observados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.[132] [133] Se a autotutela

---

[131] POLCINI, Tartaglia, *Modelli arbitrali fra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, ESI, 2002, p. 266. Embora a autora tenha se pronunciado especificamente em defesa de formas livres de arbitragem, espécie de "autotutela assistida", suas ponderações são válidas para a reflexão acerca de uma concepção funcionalizada de autotutela, nos seguintes termos: "*In un'ottica di valorizzazione del profilo funzionale nella selezione e nella conformazione dei mezzi di tutela, risulta imprescindibile la presenza dei connotati formali propri del processo, sí che diviene naturale l'esigenza di trasferire l'operatività delle garanzie essenziali, quali il principio della domanda e del contraddittorio (espressioni del diritto di difesa), sul piano dei rapporti fra privati, attraverso una procedimentalizzazione dei meccanismi di autotutela. È proprio questo il vantaggio concreto connesso con l'inquadramento delle figure arbitrali irrituali nell'alveo delle forme di manifestazione dell'autotutela secondo un'accezione funzionale*."

[132] Nessa linha, merece ser transcrita a ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Rel. Castro Meira: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEILÃO DE DIREITOS CREDITÓRIOS E ATIVOS IMOBILIÁRIOS. ATO DE ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULAS 346 E 473/STF. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. PAGAMENTO JÁ EFETUADO PELO PARTICULAR. ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. 1. O mandamus foi impetrado contra ato do Governador do Estado de Alagoas que, sem a prévia oitiva do licitante vencedor do certame, anulou procedimento licitatório referente à alienação de ativos imobiliários e direitos creditórios oriundos das carteiras imobiliárias do Instituto de Previdência e Assistência à Saúde dos Servidores do Estado de Alagoas - IPASEAL -, cujo pagamento já foi efetuado pela empresa recorrente e a quantia correspondente transferida aos cofres do Tesouro Estadual. O Tribunal de Justiça de Alagoas reconheceu que, mesmo sem ter sido observado prévio contraditório e ampla defesa, é inevitável o reconhecimento da nulidade do certame, ante as várias irregularidades detectadas no procedimento de cessão de créditos. 2. Ao mesmo passo que a Constituição da República impõe à Administração Pública a observância da legalidade, conferindo-lhe o dever-poder de autotutela, atribui aos litigantes, em geral, seja em processos judiciais seja administrativos, a obediência à garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa (art. 5º. LV). Entretanto, não se deve confundir o poder de agir de ofício, ou seja, de iniciar um procedimento independentemente de provocação das partes, com a tomada de decisões sem a prévia oitiva dos interessados. É nesse contexto, portanto, que se inserem os enunciados das Súmulas 346 e 473/STF. 3. O contraditório e a ampla defesa devem ser compreendidos como a garantia conferida constitucionalmente aos indivíduos em geral de ter ciência da instauração do feito, participar do processo, produzir provas e influenciar o órgão julgador na formação do juízo de mérito acerca do caso analisado. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto do voto do Ministro Adylson Mota, do Tribunal de Contas da União: "ou se admite que o contraditório reclamado é condição necessária para um juízo seguro quanto à correção do ato ou contrato, ou se o considera como procedimento eventualmente inócuo (ou, no máximo, meramente acessório), o que afastaria sua obrigatoriedade. E esta última solução afrontaria a Lei Maior, em seu art. 5º, inciso LV. Note-se: a fixação do momento da oitiva – se antes ou depois da decisão desta Corte de Contas -, não é uma questão meramente

pública, inicialmente advinda do poder soberano absoluto e ilimitada, transformou-se e constitucionalizou-se, devendo ser motivada e proporcional, também a autotutela privada, primitivamente derivada da lei de talião, pode e deve ser revitalizada, em observância à tábua axiológica e à ordem constitucional vigente.

Por conseguinte, na seara contratual, o uso dos instrumentos de autotutela deverá necessariamente respeitar valores existenciais e atentar para a ética que deve revestir as

---

operacional, mas, sob o aspecto jurídico, uma condição sine qua non à formulação de um juízo legítimo sobre a regularidade do ato em exame" (Acórdão nº 1.531/2003, Plenário do TCU, DOU 23.10.2003). 4. Sempre que a decisão administrativa afetar interesses de particulares, é imprescindível a observância do contraditório e da ampla defesa para que se aprecie a nulidade do processo licitatório. Precedentes do STF e do STJ. Consequentemente, mesmo que haja fortes indícios de ilegalidade do certame público, não há inutilidade na prévia oitiva das partes interessadas, pois não se pode afastar a hipótese, ainda que remota, de surgirem novos esclarecimentos que afetem o juízo decisório, a exemplo da comprovação de que os vícios apontados não trouxeram prejuízos ao interesse público. (...) 7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido." (STJ, 2ª Turma, RMS 27440/AL, DJ 22/09/2009) (grifos aditados).

[133] No mesmo sentido do acórdão acima transcrito, e ainda em matéria de anulação de procedimento licitatório, veja-se também o acórdão da lavra do Ministro Rel. Luiz Fux: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS PELO PARTICULAR. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. CINCO ANOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. O princípio da autotutela administrativa aplica-se à Administração Pública, por isso que a possibilidade de revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja por motivos de conveniência e oportunidade, na forma da Súmula 473, do Eg. STF, que assim dispõe: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." 2. Mandado de Segurança impetrado contra ato do Delegado Geral de Polícia (publicado no D.O.E. de 18/08/1998), consubstanciado na anulação do procedimento licitatório - efetuado com vistas à reforma da Delegacia de Polícia e Cadeia Pública de Capão Bonito/SP – e invalidação do respectivo contrato celebrado com a empresa vencedora do certame em 06/12/1991, devidamente cumprido e executado. 3. A prerrogativa de rever seus atos (jurídicos), sem necessidade de tutela judicial, decorre do cognominado princípio da autotutela administrativa da Administração Pública. 4. Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico. Sob esse enfoque e na mesma trilha de pensamento, J.J. Gomes Canotilho: "Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais". (José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina: Coimbra, 4ª edição) 5. (...) 7. In casu, além da prescrição ocorrente, consoante se infere do acórdão hostilizado à fl. 238, o ato anulatório não obedeceu o devido processo legal e as obras foram concluídas pelo vencedor da licitação, ora recorrido, o que revela a inviabilidade de a Administração anular a própria licitação sob o argumento de ilegalidade, mormente pela exigência de instauração do devido processo legal, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 8. Deveras, a declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertine ao desfazimento do ato administrativo quanto è eventual apuração de montante indenizatório. 9. O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg no RE 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêia, DJ de 14/11/2002; RE 158.543/RS, DJ 06.10.95.). Em conseqüência, não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473. 10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o consoante o art. 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento. 11. (...) 12. Recurso especial desprovido." (STJ, 1ª Turma, Resp. 658130/SP, DJ 28/09/2006) (grifos aditados).

relações intersubjetivas. Deverá, assim, submeter-se ao princípio da boa-fé objetiva, que guiará o seu modo de operação, isto é, o procedimento a ser seguido pela parte que se vale do instrumento, assegurando-lhe transparência e lealdade, bem como uma reação adequada e proporcional à lesão sofrida. Deverá, enfim, submeter-se ao princípio da vedação ao abuso, na medida em que somente será legítimo o uso do instrumento se respeitada a respectiva função que lhe é juridicamente reconhecida. A incidência da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso se afiguram como verdadeiros filtros de controle dos instrumentos de autotutela contratual, zelando pela segurança jurídica e pela confiança negocial.

Em tais moldes, é possível delinear um modelo de integração entre hetero e autotutela, cada qual com espaços independentes, porém não absolutamente apartados, na medida em que a jurisdição estatal também tem o papel de controlar, quando provocada a fazê-lo, o exercício legítimo, adequado e proporcional dos instrumentos de autotutela, sejam eles de fonte legal ou convencional. A autotutela contratual "constitucionalizada" não se coloca, assim, como "substituta" em definitivo da jurisdição estatal, pois não representa propriamente uma jurisdição, mas, sim, prevenção ou reação a lesões de interesses. Tampouco se coloca em posição de antagonismo ou de "concorrência" com tal jurisdição, eis que lhe faltam características e funções típicas da tutela judiciária, tal como a possibilidade de compor conflitos[134] e de acionar o aparato estatal e a sua respectiva força.

Enfim, a autotutela constitucionalizada é ponderada e controlada. Numa visão contemporânea e menos disposta a condescender acriticamente a dogmas consolidados, aderir à visão tradicional, para negar, coibir ou restringir a autotutela, já não é sustentável.

Todavia, uma abordagem mais aprofundada dos limites e dos meios de controle dos instrumentos de autotutela contratual será realizada nos capítulos seguintes. Por ora, releva ainda traçar a relação entre autonomia privada e autotutela, bem como as características gerais desta última.

[134] A afirmação não é, entretanto, de todo aplicável às formas de "autotutela assistida", a exemplo da arbitragem, que não são objeto do presente trabalho.

1.3.3 A relação entre autonomia privada e autotutela contratual.

A relação entre autonomia e autotutela é controvertida na doutrina, e diz respeito ao problema do fundamento e da vocação expansiva da segunda figura. Há quem a negue, sustentando a excepcionalidade e a conseqüente tipicidade e taxatividade dos atos de autotutela previstos em lei, o que excluiria o recurso à analogia e a qualquer espécie "convencional", isto é, criada por via pactícia.[135] Assim, mesmo nos casos em que o uso do instrumento de autotutela, a exemplo da cláusula resolutiva expressa, depende de prévia estipulação contratual, essa corrente sustenta que o poder de autotutela nasce diretamente da lei, enquanto que da estipulação da cláusula derivaria apenas a possibilidade de se valer de tal poder.

A reserva ao Estado da tutela de direitos subjetivos "preexistentes", pelas vias jurisdicional e processual, é a razão apontada por Betti para justificar uma rigorosa distinção entre autonomia e autotutela, bem como a excepcionalidade da segunda, nos seguintes termos:

> *Vero è che questa [autonomia] puó talvolta fungere da mezzo, con cui la legge permette al privato di raggiungere tipici fini di autotutela satisfattoria o cautelare in ordine a un diritto preesistente. Ma, a prescindere da questa ipotesi eccezionale, la funzione propria dell'autonomia privata non è quella di assumersi la difesa di diritti preesistenti, ma l'atra, di provvedere a creare per certi interessi non ancora protetti dalla legge una protezione di diritto sostanziale che non esisteva. Diversa è, per conseguenza, la raggione che giustifica il riconoscimento giuridico dell'autonomia privata e dell'autotutela: nell'autonomia si rende omaggio alla potestà di obbligarsi e di disporre dei propri interessi prescrivendo loro una regola; nell'autotutela, no. (...) In conclusione, dunque, la sfera dell'autonomia privata – non ostante qualche inevitabile interferenza – dev'esser tenuta rigorosamente separata dalla sfera dell'autotutela. Soltanto questa trova di fronte a sé, e deve rispettare, il principio che riserva allo Stato la tutela processuale del diritto.*[136]

---

[135] É o entendimento de Lina GERI, *Profili sistematici..., I*, cit., p. 68. Para a autora, "*non pare, almeno in linea di massima, che tra autotutela ed autonomia privata intercorra una qualsiasi relazione che non sia quella di una reciproca esclusione. Ammesso, infatti, che la seconda – in quanto diritto soggettivo trovante la propria base normativa nell'art. 1322 dell'attuale codice civile – si configuri come facoltà di determinarsi, scegliere e conformare liberamente lo schema (negozio), che consente (o che dovrebbe consentire) al singolo di regolare i propri interessi nel senso voluto in vista del raggiungimento di un determinato risultato, non si vede come si possa inserire, nella problematica che la contraddistingue, il discorso sull'autotutela. Questa, secondo quanto si è accennato nelle pagine precedenti, rappresenta, infatti, non già un 'potere' o un diritto a contenuto più o meno ampio, bensì il risultato, convenzionalmente tradotto in termini di fenomeno generale, di una serie di situazione soggettive particolari (anche se dotate di una identica natura) attribuite, di volta in volta, al soggetto per la difesa di un proprio interesse violato o, comunque, messo in pericolo e riassunte (o riassumibili) sotto uno stesso schema in considerazione della funzione comune e del modo in cui tale funzione può, in concreto, realizzarsi. Sarebbe, allora, assai difficile vedere a quali condizioni e grazie a quale meccanismo dovrebbe scorgersi in un simile fenomeno l'espressione di un fenomeno, strutturalmente e funzionalmente (difesa di un interesse, da un lato; 'autoregulamentazione di interessi', dall'altro) tanto diverso.*"

[136] BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 53.

A excepcionalidade da autotutela também é afirmada com base na previsão do exercício arbitrário das próprias razões como crime.[137] Mas, conforme já explicitado, a norma em questão especifica apenas o exercício "arbitrário", o que induz à conclusão de que tão-somente configura ilícito penal o comportamento desprovido de justificação[138] e permite deduzir um reconhecimento implícito, pela própria norma, dos direitos de autotutela.

Assim, a incriminação da conduta, mediante a tipificação de seus elementos, não parece ter introduzido em nosso ordenamento uma "proibição geral" da autotutela. Ademais, na esfera penal, observa Luiz Regis Prado que "a presença de uma eximente – legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito – exclui, *in casu*, a tipicidade da conduta, além de autorizá-la".[139] Na mesma linha, Cezar Bitencourt enfatiza a necessidade absoluta de tipicidade estrita como garantia máxima de proteção das liberdades individuais e, bem assim, a exclusão de tal tipicidade por causas de "justificação *lato sensu*".[140]

Já no campo jusprivatístico, uma parte da doutrina identifica nas normas que estabelecem formas de autotutela intermediada por atos negociais um poder geral de autodefesa consensual, embasado no consentimento prévio e preventivo da parte contrária. Sob essa ótica, a autotutela representaria uma expressão da autonomia privada, ou seja, um dos possíveis modos pelos quais os sujeitos autoregulam os próprios interesses e relações. Afirma-se que, se o indivíduo tem o poder, mediante pactos firmados com outros, de estabelecer normas e de cumpri-las, tem também o de

---

[137] Cf. PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, Napoli, ESI, 2005, p. 336, que assim distingue as duas figuras: "*L'autotutela, diversamente dall'autonomia che consiste nel potere di regolare da sé i 'propri' interessi, indica il potere di tutelare da sé tali interessi. Tuttavia negli ordinamenti contemporanei, dove è sancito il divieto di farsi ragione da sé (ex 392 s. c.p.) e dunque l'onere di adire gli organi giurisdizionali per ottenere la salvaguardia dei propri interessi, l'autotutela è instituto eccezionale e al soggetto è consentito ricorrervi nelle ipotesi specificamente previste dalla legge: tra le più sicure, il diritto di ritenzione (1152), l'eccezione d'inadempimento (1460), la legittima difesa (2044).*"

[138] DAGNINO, Antonio, *Contributo*..., cit., p. 231. Para o autor, "*si deve dedurre, quindi, che le stesse disposizioni penali prendono atto dell'esistenza di altre norme que consentono al privato di farsi ragione da sè, con una ricezione implicita, pertanto, dei diritti di autotutela*."

[139] PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 651.

[140] BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal*, 5: parte especial, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 316. Para o penalista, "a expressão 'salvo quando a lei o permite' constitui elemento normativo do tipo, referente à ausência de uma causa de *justificação* '*lato sensu*', que, se presente, exclui a tipicidade da conduta. Parece-nos exagerada a expressão de Fragoso de que se exclui a antijuridicidade nos casos em que a lei 'permite a violência privada', pois seria extremamente reduzida essa possibilidade, como o desforço imediato para a retomada da posse ou propriedade, a legítima defesa, a retorsão imediata nos crimes contra a honra etc. Por isso, apresenta-se mais adequada a expressão adotada por Hungria, que se refere à 'justiça privada', a qual pode ocorrer em todas aquelas hipóteses nas quais o indivíduo tem o direito de retorquir, como uma reação defensiva imediata, que se configuraria, além das hipóteses já mencionadas, também em todas as excludentes criminais (art. 23 do CP), igualmente os direitos de retenção, de apanhar os frutos das árvores limítrofes, de poda das mesmas árvores etc.."

tutelar o direito por ele mesmo criado, havendo uma necessária ligação entre criação e defesa do direito.[141]

É interessante notar que, mesmo no direito alemão, onde a autotutela (*Selbsthilfe*) é prevista em caráter geral pelo § 229 do BGB[142], o qual dá azo a uma gama de medidas bem mais ampla do que a existente em ordenamentos como o italiano e o brasileiro, carentes de uma previsão geral, doutrina e jurisprudência também oscilam ora em negar e ora em admitir que a autotutela seja suscetível de estipulação contratual.[143] Quem o admite sustenta que a correta aplicação da *Selbsthilfe* não se sujeita ao *numerus clausus*, mas apenas aos princípios da necessariedade e da proporcionalidade da medida relativamente à lesão.[144] Mas a idéia dominante no seio da doutrina alemã mais recente é a de que autotutela e legítima defesa não constituem fenômenos diversos e antitéticos, sendo a primeira norma geral da tutela jurídica autônoma e, a segunda, norma especial, de modo que, se não se reconhece uma "proibição de legítima defesa", igualmente não há uma "proibição geral de autotutela". A relação de especialidade não teria, pois, eficácia derrogadora, mas, sim, concretizadora da norma geral, esclarecendo-lhe e diminuindo-lhe a abstração. Por meio da legítima defesa, essa doutrina então apresenta uma justificação da autotutela como poder geral e atípico.[145]

Enfim, ainda um outro segmento da doutrina alemã entende que a autotutela é até mesmo permitida em via de princípio, consubstanciando verdadeiro "princípio fundamental" do ordenamento, porque socialmente útil e necessária como integração da

---

[141] Nesse sentido, PUCCINI, SALVATORE ROMANO, SALVESTRONI e CESARINI SFORZA apud SATURNO, Angelo, L'autotutela privata, cit., p. 217.

[142] "***Section 229*** */ Self-help / A person who, for the purpose of self-help, removes, destroys or damages a thing, or a person who, for the purpose of self-help, arrests an obliged person who is suspected of flight, or overcomes the resistance to an act of an obliged person who has a duty to tolerate that act, does not act unlawfully if help cannot be obtained from the authorities in good time and there is a danger, without immediate intervention, that the realisation of the claim will be prevented or be considerably more difficult.*

Section 230 */ Limits of self-help / (1) Self-help may not extend further than is necessary to ward off the danger. / (2) In the case where things are removed, then, unless execution of judgment is being effected, a writ of attachment is to be sought. / (3) In the case of the arrest of the person obliged, unless he is set free again, an application for his preventive custody is to be filed with the local court [* Amtsgericht *] in whose district the arrest took place; the person obliged is to be presented to the court without undue delay. / (4) If the application for arrest is delayed or rejected, the things seized must be returned and the person arrested released without undue delay.*

Section 231 */ Self-help by mistake / If a person does any of the acts described in section 229 in the mistaken assumption that the requirements necessary to exclude unlawfulness are satisfied, he is obliged to pay damages to the other party, even if the mistake does not result from negligence*." Tradução do alemão para o inglês obtida em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html>, acessado em 03/07/2010.

[143] Contra tal possibilidade, ENNECCERUS-NIPPERDEY, e, a favor, SCHÜNEMANN *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 219.

[144] SCHÜNEMANN *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 219.

[145] A favor de tal concepção, ARZT e KÜHN *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 242.

defesa jurídica estatal e como parte (sob os seus específicos pressupostos de admissibilidade) da ampla defesa jurídica dos sujeitos.[146]

A negação da relação entre autotutela e autonomia realmente não parece fundada. Isso porque, se aos sujeitos é permitido autoregular os seus interesses (autonomia), criando direito, faz sentido que também possam defender essa ordem por eles constituída, da mesma forma como têm o direito-dever de manter a ordem estatal. A propósito, ainda elucidativa é a lição de Angelo Saturno:

> *Non può sostenersi che il potere di autotutela non si fonderebbe mai sulla manifestazione di volontà delle parti, bensì sulla norma stessa di legge, che tale manifestazione riconosce.*
> *In realtà, di qualunque fenomeno pattizio può predicarsi che i relativi effetti giuridici si ricollegano direttamente alla norma, e che il patto privato funge da solo da "intermediazione" o da "presupposto di efficacia" dell'operare di questa. Anche dei contratti atipici (che pur rappresentano la massima manifestazione di autonomia) si può dire che ogni loro effetto è pur sempre riconducibile all'art. 1322, co. 2, c.c. Ma, così ragionando, nulla è autonomia. In realtà, in questi casi come in ogni altra manifestazione di autonomia privata, il riferimento alla legge è un problema di liceità, non di fonte. Altrimenti, sarebbe evidente l'assurdo dialettico: se per trovare una vera autotutela "consensuale" o "convenzionale" occorresse prescindere da ogni norma di legge, allora non si potrebbe che rinvenire una autotutela "illegale".*
> *Ricollegare, poi, l'autotutela direttamente ed in ogni caso alla legge, pur in presenza del patto privato, cela un discorso sui massimi sistemi: chi è il vero protagonista della creazione dei rapporti tra gli individui? L'individuo stesso, o la norma?* [147]

Pode-se dizer que a autotutela é um comportamento, um fato inerente à realidade social. Não é o ordenamento que "cria" os atos de autotutela. Quando estabelece uma hipótese legal de autotutela, seja para permitir ou para proibir, a norma simplesmente reconhece um fato. E a norma é um comando externo, que opera no momento do conflito[148], é um instrumento com o qual se avalia uma conduta, de modo que um comportamento é lícito ou ilícito se estiver ou não em conformidade com a norma que lhe diga respeito.[149]

Na contemporânea perspectiva pós-positivista, a norma é gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Assim, pode-se inferir que a ausência de regra específica sobre um instrumento de autotutela não quer dizer que tal não seja admitido pelo ordenamento. Ao contrário, pode ser ele justificado por um princípio, hipótese em que assume especial relevância o princípio da autonomia. Da mesma forma, a ausência

---

[146] Entre os autores que representam tal segmento, citam-se JOHANNSEN, VON THUR, LARENZ e Friedrich MÜLLER *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 248.
[147] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 221.
[148] BOBBIO, Norberto, *Teoria da norma jurídica*, Torino, 1958, p. 71.
[149] PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale, *Nozione introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, ESI, 2000, p. 3.

de uma norma geral expressa não conduz, por si só, à excepcionalidade e à taxatividade da autotutela, já que, do conjunto dos princípios jurídicos, não é possível extrair uma contrariedade intrínseca da figura ao ordenamento. Destarte, parece correto o entendimento de Antonio Dagnino no sentido de que "*i casi di autotutela previsti dalla legge non rappresenterebbero soltanto una conspicua serie di eccezioni, bensì parti di un quadro generale in cui il legislatore avrebbe riconosciuto il potere di autotutela privata*".[150]

A autonomia, por sua vez, pode ser compreendida como o "poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos] como conseqüência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos".[151] Em outras palavras, é "*il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al 'privato' di auto-regolare (cioè di regolare 'da sé', con proprie manifestazione di volontà) i 'propri' interessi. Autoregolamento che, se conforme alle prescrizioni del diritto, è giuridicamente vincolante per la parte o per le parti che lo hanno creato, sí da assumere per esse 'forza di legge'* ".[152]

Assim, o princípio da autonomia, assentado nas idéias de cooriginariedade (das autonomias pública e privada) e de liberdade intersubjetiva, como outrora explicitado, é o fundamento da autotutela, de modo que todo ato de autotutela é expressão de autonomia, mas nem todo ato de autonomia é autotutela. E a autotutela, na medida em que é (uma) expressão da autonomia (e não exclusivamente da autonomia "privada", eis que também a Administração Pública pode dela se valer) e serve de instrumento para a defesa efetiva de interesses merecedores de proteção, igualmente tem valor constitucional, representando, no dizer de Polcini, uma "*dimensione che trascende l'idea dell'autonomia negoziale esclusivamente come autoregolamentazione, nell'intento di valorizzarne il profilo dinamico, unitamente alla funzione di protezione e di attuazione degli interessi perseguiti dalle parti*".[153]

Mas, como já observado, a autonomia, além de fundamento, também pode ser fonte e meio da autotutela. No primeiro caso, a autonomia revela-se como possível fonte criadora não apenas de negócios jurídicos – autoregulação de interesses – mas, também,

---

[150] DAGNINO, Antonio, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 67 e 94.
[151] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 17.
[152] PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 335.
[153] POLCINI, Tartaglia, *Modelli arbitrali fra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, cit., p. 261.

de instrumentos de defesa de interesses, constituindo espécies de autotutela convencional, mediante consentimento livre e esclarecido de todos os contratantes envolvidos.

É bem verdade que em nosso ordenamento já há previsão expressa da autotutela dita "consensual", ou seja, que depende de prévia estipulação contratual (autonomia como meio), tal como a cláusula resolutiva expressa. Entretanto, o que ora se pretende sustentar é a possibilidade de expansão da figura, mediante criação pelos sujeitos contratantes de instrumentos de autotutela, inclusive com função resolutiva, não expressamente previstos em lei.

Pode-se dizer, então, que a concepção bettiana de autotutela restrita à defesa, por si, de um direito subjetivo "preexistente" não condiz com a necessidade de tutela efetiva, inclusive extrajudicial, de interesses juridicamente relevantes. Na linguagem dos remédios, o interesse destaca-se da lógica dos direitos subjetivos, e o fato de não haver uma previsão expressa de certo instrumento para a sua defesa não significa que tal interesse não seja juridicamente relevante e "protegido" pelo ordenamento. Se merecedor de tutela, o interesse pode ter na autonomia a fonte criadora do respectivo instrumento de defesa (autotutela), independentemente de ser reconhecido expressa e precedentemente pela lei.

Em matéria contratual, a operatividade da autotutela como poder geral esbarra em dificuldades práticas devido à complexidade de tipos, categorias, patologias e interesses envolvidos, circunstâncias que conformam um sistema de remédios, com variadas estruturas e funções. O reconhecimento, porém, da autotutela como poder geral e não excepcional, porque fundado na autonomia, revela-se útil para justificar uma vocação expansiva dos respectivos instrumentos, para além das formatações que lhes são tradicionalmente atribuídas, como será demonstrado nos capítulos seguintes.

1.3.4 Características gerais da autotutela.

Assentadas as premissas necessárias para se firmar a admissibilidade da autotutela no campo contratual como um poder legítimo, com fundamento no princípio da autonomia e intrinsecamente limitado pelos demais princípios constitucionais, cabe traçar as características gerais da figura, que estarão presentes, em caráter constante, na estrutura dos instrumentos específicos a serem analisados mais adiante.

Inicialmente, é importante que se delimite o objeto do presente trabalho, o qual não abrange as designadas formas de "autotutela assistida"[154], a exemplo da arbitragem, tendo em vista as especificidades e diferenças significativas existentes entre a estrutura e função de tais modalidades e dos instrumentos de autotutela contratual a serem abordados.

Como já explicitado anteriormente, a doutrina dedicada ao tema identifica, em geral, três elementos componentes da noção de autotutela: a defesa de um interesse, a extrajudicialidade e a unilateralidade do comportamento de quem a pratica. Pode-se dizer que os dois primeiros gozam de certa univocidade, reinando alguma controvérsia sobre o terceiro. Com efeito, o problema da unilateralidade do comportamento remete às discussões acerca das possíveis fontes de autotutela e da relação entre esta e a autonomia, bem como da admissibilidade ou não de instrumentos não previstos em lei.

Todavia, ainda no tocante ao terceiro elemento, é imprescindível evitar a confusão em que incorre parte da doutrina. De um lado, tem-se a unilateralidade na gênese do instrumento de autotutela, o que não é possível juridicamente, sob as penas do exercício arbitrário das próprias razões. É certo que tais instrumentos têm como fonte a lei (princípios e regras) ou a autonomia mediante o consentimento de todos os envolvidos, uma vez admitida a possibilidade de meios convencionais, isto é, não previstos em lei, além dos meramente consensuais, que, apesar de previstos, dependem de prévia estipulação contratual para que possam ser operados.

De outro lado, há a unilateralidade no comportamento da parte que age em autotutela, o que realmente é um traço constante, exceto nas hipóteses de "autotutela assistida". Quanto a estas últimas, há quem sustente que não configurariam propriamente autotutela, por faltar-lhes dita unilateralidade, ao passo que outros sustentam que o exercício da autotutela não precisa ser necessariamente unilateral, enquadrando a arbitragem e os demais meios extrajudiciais de composição de conflitos como espécies de autotutela.[155] Essa segunda posição doutrinária coloca em evidência o importante papel atribuído ao terceiro, na qualidade de garante do princípio do contraditório e da participação efetiva de ambas as partes na dinâmica do juízo através do qual elas próprias operam a tutela de seus interesses. Desse modo, defende-se que a presença de um órgão ou terceiro designado pelas próprias partes não impede o

[154] A expressão é de Tartaglia POLCINI, in *Modelli arbitrali fra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, cit., p. 271, com base no termo "autonomia privada assistida" empregado por Pietro PERLINGIERI.
[155] POLCINI, Tartaglia, *Modelli arbitrali fra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, cit., p. 262.

enquadramento do fenômeno no esquema da autotutela, desancorado da tradicional concepção individualista, que, apesar de admitir em alguns casos a estipulação consensual, entende que o exercício do respectivo poder somente pode ser unilateral.[156]

Contudo, não sendo as modalidades de "autotutela assistida" objeto do presente estudo, as controvérsias a respeito do terceiro elemento perdem importância, uma vez que, como já mencionado, a unilateralidade do comportamento é um traço constante do exercício dos instrumentos de autotutela contratual.

Quanto ao segundo aspecto elencado, diz-se que doutrina tradicional é convergente no sentido de que a figura da autotutela é caracterizada pela independência em relação aos órgãos jurisdicionais do Estado, uma vez que o seu exercício deve consentir a defesa de um interesse no plano extrajudicial, sem que o juiz intervenha na relação entre as partes.[157] De fato, essa parece ser a grande vantagem da autotutela, viabilizando reações mais rápidas e efetivas à lesão de interesses merecedores de tutela. A extrajudicialidade, entretanto, no contexto da autotutela constitucionalizada, não afasta o possível controle judicial, *a posteriori*, da adequação do exercício do instrumento, mediante aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação do abuso, como já esclarecido.

No que tange ao primeiro aspecto elencado, importa lembrar que a autotutela corresponde a uma reação a lesão, efetiva ou potencial, de um interesse merecedor de proteção, independentemente da modalidade de situação jurídica subjetiva[158] em que o interesse esteja envolvido (direitos subjetivos, direitos potestativos, expectativas, entre outros).[159] Tal entendimento se coaduna com a linguagem dos remédios, mais preocupada com a atuação concreta de interesses do que com o aspecto formal e terminológico das situações jurídicas. Isso, entretanto, não significa dizer que a análise da situação subjetiva lesada e da respectiva relação jurídica seja irrelevante, uma vez que o controle do exercício de um instrumento de autotutela deve partir da compreensão de sua própria estrutura e função. E, no campo contratual, esses elementos também devem ser compreendidos dentro do contexto mais amplo da estrutura e função do

---

[156] POLCINI, Tartaglia, *Modelli arbitrali fra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, cit., p. 262.

[157] Assim, entre outros, BETTI, Autotutela (dir. priv.), cit., p. 529, e TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1981, p. 45.

[158] Para uma visão abrangente das situações jurídicas subjetivas, cf. PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 119 e ss.

[159] Igualmente observa Lina GERI, *Profili sistematici..., I*, cit., p. 90: "*si può dire che l'autodifesa (proprio in quanto species del più ampio genus tutela) riguardi qualsiasi situazione di interesse giuridicamente rilevante e, quindi, qualsiasi situazione di vantaggio (attiva ou inattiva): diritto soggettivo, c.d. aspettativa, possesso e (...) interesse legittimo.*"

negócio. Neste particular, como será visto mais adiante, um dos aspectos a serem considerados para a operatividade dos remédios de autotutela é a conexão de contratos.

Os instrumentos de autotutela contratual pressupõem negócios jurídicos válidos, pois, se houver alguma patologia invalidante, esta deve ser remediada primeiro, por meio da devida tutela judicial. E a validade do negócio, como sabido, pressupõe a capacidade das partes, que, por decorrência lógica, também é requisito para o exercício de qualquer instrumento de autotutela no âmbito de uma relação contratual.

Fora de uma relação contratual, porém, o requisito da capacidade pode ser dispensável. Neste particular, assume especial relevância a discussão acerca da possibilidade de autotutela para a defesa de interesses legítimos das pessoas sujeitas à autoridade parental ou à tutela legal (*potestà*), diretamente desempenhada pelo sujeito desprovido de capacidade de fato. Segundo definição doutrinária, a *potestà* constitui um ofício, uma situação complexa de direito-dever, composta de poderes – administrar os bens, cuidar e representar o menor – no interesse deste, de acordo com as regras da diligência, da lealdade e da boa-fé. Correlativamente à *potestà* se apresenta a situação subjetiva denominada interesse legítimo.[160]

Sob a perspectiva civil-constitucional, afirma-se que, em defesa de interesses existenciais[161] subjacentes ao interesse legítimo, é permitido ao menor o exercício da autotutela independentemente de representação, o que já não se verifica em se tratando de interesses meramente patrimoniais, que dependem da capacidade de fato mediante representação como requisito de validade do ato. Com efeito, vem sendo progressivamente sedimentada a necessidade de se reexaminar a *potestà* e a incapacidade de agir do menor, admitindo-se exceções a dogmas absolutos em favor de conexões entre os princípios constitucionais e institutos do direito privado[162] e valorizando-se a liberdade e a capacidade de discernimento do menor, com o objetivo de garantir o respeito de sua personalidade. Para tanto, sustenta-se ser suficiente, para a relevância jurídica da vontade de autotutela, nada mais que uma "*natürlicher*" *Wille*,

---

[160] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 129.

[161] A situação é bem ilustrada por PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, cit., p. 131: "Tome-se, como exemplo, o menor que tenha uma relação afetiva com outra pessoa. O tutor poderia, por razões pessoais inspiradas pela própria visão do mundo, obstar a possibilidade de um encontro amigável entre deles. A jurisprudência tem atribuído ao menor o direito de freqüentar as amizades que considera mais oportunas, desde que não sejam claramente de 'mau exemplo'. Do mesmo modo, no que diz respeito ao tipo de estudo que o menor queira empreender."

[162] Importante contribuição doutrinária nesse sentido encontra-se em STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, p. 371; e, na doutrina brasileira, MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*, Tese de doutorado, UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

uma vontade "natural" no sentido de capacidade extrajurídica, uma vez presentes, no caso concreto, idôneas faculdades intelectuais e volitivas[163], isto é, capacidade de discernimento, maturidade suficiente para o exercício de direitos fundamentais por parte do menor.[164]

A importância de se distinguir as situações jurídicas conforme o interesse envolvido, patrimonial ou existencial, a fim de justificar a necessidade ou não de capacidade de agir para o exercício de atos de autotutela, reforça a configuração desta como um poder geral e atípico, sendo que os específicos instrumentos previstos em lei atendem, em geral, a interesses patrimoniais. Assim, além do princípio da autonomia, observa Saturno que também a figura da legítima defesa serviria para respaldar a atipicidade dos atos de autotutela inclusive em favor dos incapazes dotados de discernimento, uma vez que o âmbito de proteção de tal figura compreende igualmente os atentados ao desenvolvimento da personalidade humana. É ainda o mencionado autor quem, citando Stanzione, empreende uma interessante e fundada ponderação a respeito, nos seguintes termos:

> *Occorre distinguere a seconda della situazione soggetiva che l'autotutela è chiamata a difendere. Se l'autotutela sia diretta a proteggere diritti patrimoniali, sicuramente rimane essenziale il requisito della capacità di agire. Quindi, l'autotutela spettante al minore a difesa delle sue situazioni patrimoniali sarà esercitabile da parte di chi detiene la potestà su di lui, e lo rappresenta legalmente. Il che coinvolge il problema dell'autotutela del terzo, già affrontato e positivamente risolto, almeno nei casi di rappresentanza.*
>
> *Se si tratti, invece, di un diritto esistenziale, la concessione dell'autotutela anche ai minori d'età appare fondata ed opportuna. Infatti, i princìpi costituzionali di tutela della dignità umana, e della personalità del minore in particolare, impongono di concedere al minore sufficientemente maturo l'esercizio dei suoi diritti della personalità. Ma essi impongono anche di concedergli il potere di agire in giudizio da sè, senza dover ricorrere a coloro i quali esercitano la potestà su di lui, e perfino contro di essi, per difendere tali diritti. Per quegli stessi princìpi, allora, deve ritenersi consentito al minore di proteggere le proprie posizioni esistenziali mediante autotutela: anche perché la difesa privata sostituisce quella tutela giudiziale, già riconosciutagli, quando essa non è efficacemente raggiungibile; e – a maggior ragione – perché l'autotutela sembra la via più idonea ad impedire lesione della personalità, le quali, com'è noto, non sono mai integralmente riparabili, nè giuridicamente, nè di fatto. Quindi, appare lecito che il minore, se sufficientemente maturo, rimuova da sè, immediatamente e autonomamente, in via, appunto, di autotutela, gli ostacoli che altre persone frappongano al suo diritto di frequentare le compagnie di suo gradimento, di iscriversi alla scuola che preferisca, di svolgere l'attività sportiva, ludica, culturale, politica, religiosa, associativa che più apprezzi, solo per citare gli esempi più eclatanti di limitazioni allo sviluppo della personalità del minore.*[165]

---

[163] SCHÜNEMANN *apud* SATURNO, cit., p. 267.
[164] STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età...*, cit., p. 246 e ss.
[165] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 269.

Traçadas as características gerais da autotutela, é importante atentar para a impossibilidade (e até mesmo inutilidade) de se delinear um quadro genérico do modo de operação da figura, justamente porque, apesar do seu reconhecimento como um poder geral, fundado no princípio da autonomia, a sua compreensão e concretização reclama um exame pontual de suas várias formas de manifestação, mediante analise particularizada da estrutura e função dos respectivos instrumentos ou "remédios".

Neste ponto, a linguagem dos remédios mostra-se a mais adequada para orientar a investigação das diversas formas de tutela contratual, tendo em vista a efetiva atuação dos interesses envolvidos. Como ensina Di Majo, "*ai vari interessi, di carattere soddisfattivo, risarcitorio, restitutorio, che emergono a causa o in occasione della conclusione di contratti, intendono rispondere rimedi, con diverse strutture e funzioni, che si distaccano dalla logica della fattispecie e dei diritti soggettivi. Essi rispondono a requisiti di ragionevolezza e proporzionalità rispetto ai bisogni che intendono soddisfare*".[166]

Assim, identificam-se na doutrina classificações segundo a estrutura e função dos respectivos instrumentos. Observando os dois aspectos, e não se atendo exclusivamente ao âmbito contratual, Emilio Betti propôs inicialmente a divisão da autotutela em "unilateral" (sem prévio acordo) e "consensual" (com prévio acordo). Segundo o autor, a unilateral subdivide-se em autotutela ativa e passiva. Diz-se "ativa" quando se manifesta mediante uma conduta positiva visando à modificação do atual *status quo* (ex.: o ato de cortar raízes ou ramos de árvores pelo proprietário do terreno invadido[167], o desforço possessório[168] e a legítima defesa). Diversamente, diz-se "passiva" quando se manifesta mediante um comportamento negativo de resistência à pretensão alheia visando à manutenção do *status quo* (ex.: exceção de contrato não cumprido, retenção e compensação). Já a autotutela dita "consensual" pode ter função

[166] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit. p. 9.

[167] No Código Civil brasileiro, a figura está prevista no artigo 1.283: "As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido."

[168] Também no Código Civil brasileiro, cf. artigo 1.210, § 1º: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse."

de "*accertamento*" (ex.: arbitragem e negócio jurídico de acertamento[169]), função satisfatória ou de execução (ex.: anticrese) e função cautelar (ex.: penhor e caução).[170]

Não obstante o dissenso doutrinário acerca da relação entre autonomia e autotutela, e a posição de Betti no sentido de que somente a lei pode ser fonte de medidas de autodefesa, acolhe-se o entendimento, já sustentado anteriormente neste trabalho, de que os instrumentos de autotutela podem ter fonte tanto na lei (legais**)** quanto na autonomia (convencionais).

A par da classificação bettiana, também Lina Geri oferece uma importante contribuição ao sistematizar os diversos instrumentos de autotutela segundo a sua função. Desse modo, a autora classifica os instrumentos de autotutela em quatro categorias: "autotutela com função conservativo-cautelar" (ex.: exceção de contrato não cumprido e retenção), "autotutela com função repristinatória" (ex.: cláusula resolutiva expressa e resilição unilateral), "autotutela com função satisfativa" (ex.: venda por autoridade do próprio credor e venda no penhor) e "autotutela com função mista" (ex.: legítima defesa).[171]

Igualmente Massimo Bianca empreende uma classificação da autotutela "*in ragione dei diversi rimedi che ne specificano la funzione tutelare*", distinguindo "remédios" inibitórios (ex.: legítima defesa), executórios (ex.: venda no penhor), ressarcitórios (ex.: recuperação imediata da posse de coisa esbulhada); suspensivos ou cautelares (ex.: exceção de contrato não cumprido e retenção), resolutórios (ex.: cláusula resolutiva expressa, resilição unilateral e exclusão de sócio ou associado) e punitivos (ex.: sanções disciplinares).[172]

Enfim, as classificações apresentadas revelam-se úteis para uma melhor exposição do tema e, apesar das diferenças metodológicas, parecem convergir no que diz respeito às características mais importantes dos instrumentos mais recorrentes. Todavia, não constituem o objeto nuclear deste trabalho e servirão apenas como um ponto de partida para ulteriores aprofundamentos. Importa considerar que os exemplos são dos autores citados, e não excluem outros, mencionados ou não por eles, que ora deixam de ser aludidos porque não dizem respeito propriamente às relações contratuais

---

[169] Mais presente na doutrina italiana, trata-se de negócio com função meramente declaratória, para a explicitação de obscuridades, segundo CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo, *Negócio de acertamento*: uma abordagem histórico-dogmática, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.
[170] BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 30.
[171] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici..., II*, cit., p. 3.
[172] BIANCA, Massimo, Autotutela, cit., p. 134.

ou porque serão mais detidamente abordados no terceiro capítulo. Antes, porém, é preciso que se compreenda primeiro o significado da patologia que é o objeto central deste trabalho, qual seja, o inadimplemento.

2 A LESÃO PELO INADIMPLEMENTO.

2.1 A releitura da obrigação sob uma perspectiva funcional: o contexto da lesão pelo inadimplemento.

É notório que a dinâmica e complexidade das relações na sociedade pós-moderna vêm conduzindo a um progressivo agravamento dos riscos contratuais, entre eles o inadimplemento. Tal realidade impõe à teoria contratual e ao direito a tarefa de desenvolver em favor do contratante lesado mecanismos aptos a reforçar a confiança negocial ameaçada, viabilizando a tutela efetiva de interesses protegidos pelo ordenamento. E, num contexto econômico-social em que se clama cada vez mais por eficiência, já não se pode desprezar a utilidade e mesmo a necessidade de se revigorar e expandir os instrumentos de autotutela para a prevenção ou reação ao inadimplemento. Justamente por ser o fato gerador de lesões com maior freqüência no âmbito contratual, será empreendida uma análise desta que é a patologia contratual mais temida, com foco nas transformações experimentadas pelo direito das obrigações, a fim de que possam ser melhor contextualizados e compreendidos os respectivos instrumentos de autotutela na contemporaneidade.

Realizada a transição do Estado Liberal ao Estado Social, rompida a rígida dicotomia público/privado[173], assentada a força normativa dos princípios constitucionais como garantia da unidade do ordenamento[174] e, enfim, reconhecida a necessidade de se investigar não apenas a estrutura dos institutos jurídicos, mas sobretudo a sua função[175], já não se questiona a insustentabilidade de um direito obrigacional hermético em seus próprios dogmas, apartado da realidade social e neutro aos imperativos éticos. Mesmo este secular ramo do direito, erigido a "santuário"[176], não pôde resistir à ação do tempo e historicizou-se, propondo a obrigação como uma

[173] GIORGIANNI, Michele, O direito privado e suas atuais fronteiras, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, jan. 1988, p. 39,

[174] TEPEDINO, Gustavo, Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al* (coord.), *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 309.

[175] BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

[176] PERLINGIERI, Pietro, Normas constitucionais nas relações privadas, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 6/7, 1998/1999, p. 67.

categoria dinâmica, com valor histórico-relativo[177] e atenta à constante dialética entre o social e o jurídico.[178]

A conscientização da historicidade do direito obrigacional não significa, contudo, a sua plena concretização. As transformações vêm sendo pouco a pouco assimiladas pela doutrina e jurisprudência brasileiras, revelando-se ainda atual em nossa realidade a advertência de Genaro Carrió, que, em 1966, assim manifestara sua preocupação:

> A teoria geral do direito deve rever urgentemente o próprio aparato conceitual e também as suas pretensões. Ao invés de se fechar em um recinto hermético de pré-conceitos (ou de pré-juízos), os teóricos gerais do direito devem descer à arena onde os juristas [...] são dia a dia tomados pelos mais difíceis problemas da nossa sociedade.[179]

Centrando-se o foco de análise no conceito de obrigação, o desafio é sedimentar na prática o que até então já se (re)construiu em teoria, a partir da concepção de relação obrigacional complexa. Com efeito, se o direito das obrigações sofre os influxos da sociedade, também a relação obrigacional sujeita-se às condicionantes e vicissitudes de cada caso concreto, cujo ordenamento específico deve ser a resultante dos fatos envolvidos e das fontes normativas incidentes, unificadas pela Constituição.[180]

Nessa perspectiva, uma releitura da obrigação sob a perspectiva funcional importa a sua compreensão como relação jurídica. Essa relação, contudo, não deve ser reduzida à fórmula simplista de mera contraposição entre a situação jurídica ativa, constituída por poderes, e a passiva, integrada por deveres e sujeições.[181] Tal fórmula relega a segundo plano a função da relação, atendo-se exclusivamente ao aspecto estrutural, que compreende os sujeitos (ativo e passivo), o vínculo jurídico e o objeto.[182] A relação obrigacional é, pois, complexa, por também abranger, junto à prestação,

---

[177] PERLINGIERI, Pietro, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni. Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, ESI, 1990, p. 53.

[178] VILLELA, João Baptista Villela, Por uma nova teoria dos contratos, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 74, jan./mar. 1978, p. 34.

[179] CARRIÓ, Genaro, Sul concetto di obbligo giuridico, in Rivista di filosofia, 1966, *apud* LOSANO, Mario G., in Prefácio à obra de Norberto BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. VII. Tradução livre.

[180] TEPEDINO, Gustavo, Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento, cit., p. 319.

[181] Segundo VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10. ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 64, "a relação jurídica em geral diz-se una ou simples, quando compreende o direito subjectivo atribuído a uma pessoa e o dever jurídico ou estado de sujeição correspondente, que recai sobre a outra."

[182] Como sintetiza TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 19, "Sujeito ativo é o credor da prestação principal. Chama-se sujeito passivo aquele que se obriga a realizar a prestação. Vínculo jurídico é a concreção da norma jurídica no âmbito da relação estabelecida entre sujeito ativo e sujeito passivo. E o objeto encerra o elemento em razão do qual a relação se constitui, e sobre o qual recai tanto a exigência do credor quanto a obrigação do devedor."

deveres de conduta, direitos potestativos e situações de sujeição, caracterizada assim por vários vínculos obrigacionais interligados numa unidade funcional.[183] Essa unidade é dada pelo fim que justifica a relação, ao qual se dirige uma uma série dinâmica de atos ligados entre si com interdependência, como expressão dos variados poderes e deveres de ambas as partes, desempenhados em direção ao adimplemento.[184] Em suma, a relação obrigacional pode ser conceituada como "um processo evolutivo temporal"[185] ou "uma seqüência teleologicamente estruturada".[186]

Em tais termos, com razão afirma-se que "a concepção funcional da relação obrigacional amplia o espectro de interesses a serem satisfeitos com a concreta relação jurídica, de modo a abranger os interesses legítimos perseguidos por ambas as partes"[187], apesar de o interesse do credor assumir uma posição destacada.[188] Por conseguinte, além dos elementos estruturais já mencionados, três elementos fisionômicos também assumem relevância no âmbito da relação obrigacional: dualidade das situações subjetivas, interesse do credor e patrimonialidade da prestação, elementos estes extraídos da noção de vínculo obrigacional como

> *un vincolo giuridico in virtù del quale il titolare della situazione c.d. debitoria è tenuto ad eseguire una prestazione, patrimonialmente valutabile, per soddisfare l'interesse, anche non patrimoniale, del titolare della situazione c.d. creditoria, il quale ha il potere di pretendere l'esecuzione di tale prestazione e può essere chiamato a cooperare con il debitore per consentirgli di adempiere esattamente.*[189]

O primeiro elemento decorre do entendimento de que o sujeito é apenas um dado externo à situação e ao próprio vínculo obrigacional, que, na realidade, consubstancia uma relação entre situações jurídicas subjetivas. Tal corrobora o movimento de despersonalização das relações, como corolário da economia moderna, cada vez mais assentada na celeridade da circulação de riquezas, de modo que a multiplicidade de

---

[183] LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Tradução Jaime Santos Briz, t. 1, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37.
[184] COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006, p. 17.
[185] MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das obrigações*, vol. I, 5. ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 87.
[186] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, 11. ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 69 e ss.
[187] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 23.
[188] PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 220, assim leciona: "*L'attuazione del rapporto obbligatorio, oltre all'interesse del creditore, 'può' realizzare anche interessi giuridicamente rilevanti del debitore. Ovviamente una considerazione prioritaria e prevalente deve essere riservata all'interesse creditorio* (...)."
[189] PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 217.

ocorrências modificativas da titularidade das situações tornou anacrônica a definição de relação obrigacional como relação entre sujeitos.[190]

O interesse do credor, por sua vez, é imprescindível para o nascimento do vínculo jurídico, na medida em que, sendo merecedor de tutela, é o que justifica a intervenção na esfera do devedor, impondo-lhe um dever de prestação.[191] Embora o interesse não seja um elemento exclusivo da situação creditória, nesta assume um papel distinto daquele desempenhado em outras situações subjetivas, onde o titular do direito, exercitando o próprio poder, pode realizar diretamente e por si o seu interesse. Diversamente, na relação obrigacional, o credor depende da atuação e da cooperação do devedor.[192] É importante considerar, no entanto, tendo em vista o tema central deste trabalho, que dita "dependência" refere-se apenas à realização, à satisfação direta do interesse do credor, e não deve ser estendida à defesa da lesão ao interesse, uma vez admitida a autotutela como meio legítimo de reação àquela lesão, como restou explicitado no primeiro capítulo e será mais detidamente demonstrado no capítulo seguinte.

Enfim, constitui a patrimonialidade da prestação outro elemento inarredável da relação obrigacional, malgrado existirem controvérsias na doutrina a respeito[193], prevalecendo o entendimento em sentido positivo. Isso porque a obrigação não deve ser confundida com todo e qualquer dever jurídico, pois restringe-se às relações com objeto patrimonial, embora o interesse do credor até possa ser existencial. Vale dizer: o critério mais adequado para se aferir a patrimonialidade deve ser objetivo, devendo-se "abandonar o critério subjetivo, que confere ao sujeito o poder de atribuir patrimonialidade à prestação com a só previsão de contraprestação pecuniária ou cláusula penal na hipótese de inadimplemento".[194] Figurando-se indefensável uma concepção de patrimonialidade estritamente com base no momento patológico da relação, que confunde o conteúdo da prestação com os efeitos de seu descumprimento[195], impõe-se um critério objetivo, a fim de que se possa determinar a patrimonialidade da obrigação a partir da possibilidade de valoração econômica do

---

[190] PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 217.
[191] GIORGIANNI, Michele, Obbligazione (Diritto Privato), *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, 1957, p. 587.
[192] PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 219.
[193] Sobre tal discussão, seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação, in *Diálogos sobre Direito Civil*, TEPEDINO, Gustavo *et alii* (Org.), vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 280-296.
[194] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 31.
[195] KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação, cit., p. 286.

comportamento do devedor[196], conforme o contexto histórico-social em que opera.[197] Explicita-se:

> (...) a patrimonialidade da prestação resta configurada se for possível estabelecer valor em dinheiro para a prestação destinada a conferir ao credor utilidade (estimável economicamente na vida de relação, mas que, se considerada de per si, pode não admitir valoração em dinheiro), a satisfazer interesse típico, apreciável ou não pecuniariamente.[198]

Afirma-se que o aspecto da patrimonialidade, a excluir da disciplina do direito obrigacional os deveres não-patrimoniais afetos a interesses existenciais, a exemplo dos deveres correlatos aos direitos da personalidade e aos deveres inerentes às relações de família, não significa conferir a esses últimos um tratamento menos privilegiado. Muito pelo contrário, a diversidade de disciplina jurídica funda-se na diversidade do fundamento da tutela das situações patrimoniais e existenciais, que, por sua vez, justifica-se na Constituição, cuja normativa conduz os atos de autonomia de cunho patrimonial à liberdade econômica ou livre iniciativa e aqueles de caráter não-patrimonial à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Nesse sentido, concluem Konder e Rentería:

> Permitir que deveres de cunho não patrimonial sejam reconduzidos a este mesmo tratamento normativo não significa alçá-los ao alto patamar das obrigações, mas sim rebaixá-los ao mercantil tratamento das relações patrimoniais. Significa desconsiderar o elemento característico de tais deveres que justifica que eles, à luz da normativa constitucional, recebam tratamento diferenciado. (...)
> Assim, 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.[199]

Considerando, assim, que o objeto da relação jurídica passou de *coisa* a *interesse*[200], o qual pode ser patrimonial ou não, Rose Vencelau Meireles propõe uma classificação das situações em patrimoniais, não patrimoniais *lato senso* (existenciais ou

---

[196] Para GIORGIANNI, Michele, Obbligazione (Diritto Privato), cit., p. 231, "*l'elemento centrale dell'obbligazione è perciò dato dal dovere del debitore, avente come contenuto un comportamento tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore. La relazione strumentale tra questo comportamento e quell'interesse spiega, altresì, perchè l'interesse possa essere anche non patrimoniale, mentre il comportamento deve essere, necessariamente, suscettibile di valutazione economica*."

[197] É precipuamente Pietro PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 223, quem trata a patrimonialidade como conceito relativo, segundo o qual "*l'evoluzione dei costumi e degli stili di vita può determinare la 'patrimonializzazione' di comportamenti, prestazioni o servizi che in altri contesti storico-sociali tale connotazione non presentavano: ciò esprime la mutevolezza dei confini della valutazione economica.*"

[198] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 32.

[199] KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação, cit., p. 291.

[200] FACHIN, Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 90.

não patrimoniais *stricto sensu*) e dúplices. As situações não patrimoniais *stricto sensu* inserem-se na lógica patrimonial e na disciplina do direito obrigacional, mas, embora não tenham uma imediata equivalência patrimonial, não chegam a ser existenciais. Nestas últimas, a pessoa não tem apenas um vínculo de titularidade, pois é o próprio objeto de tutela, ou seja, é o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação, que tem então em mira o desenvolvimento da personalidade.[201] Diversamente, as situações não patrimoniais *stricto sensu* abrangem "vários deveres que podem ser chamados de instrumentais, os quais, embora sem ter equivalente pecuniário, estão a serviço de situações patrimoniais, a exemplo dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva".[202] Por outro lado, também algumas situações patrimoniais podem ser instrumentais à realização de certos interesses existenciais, do que é exemplo a prestação de serviços médicos, ou simplesmente ter reflexos existenciais para um dos contratantes, como ocorre nas hipóteses de fornecimento de bens ou serviços essenciais. Dúplices, enfim, são as relações jurídicas compostas, ao mesmo tempo, de situações existenciais e patrimoniais, eis que relacionadas à pessoa do titular, mas com expressão econômica, pelo que ingressam no comércio jurídico. É o caso do direito à imagem e dos direitos autorais.

Nesse contexto, o inadimplemento no âmbito contratual pode significar uma lesão a interesses patrimoniais e/ou a interesses não patrimoniais ou existenciais. A apontada complexidade das relações jurídicas conforme os interesses envolvidos repercute no regime contratual e no grau de intervenção estatal, uma vez que, na presença de interesses existenciais, o exercício de um ato de autonomia, e, consequentemente, de autotutela, é intrinsecamente limitado, sendo considerado ilegítimo se lesivo àqueles interesses. Tendo em vista o problema central que se propõe enfrentar, cabe salientar que dito limite poderá impedir ou impor uma adequação à autotutela do credor, uma vez ocorrido o inadimplemento, seja negando ou restringindo a operatividade dos respectivos mecanismos de reação contra o devedor, tais como a exceção de contrato não cumprido, a retenção e a cláusula resolutiva expressa, entre outros, o que será melhor analisado no próximo capítulo. Neste caso, por ser do devedor o interesse existencial, a autotutela da lesão pelo inadimplemento sofre mitigação,

---

[201] PERLINGIERI, Pietro e FEMIA, Pasquale. *Nozione introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 119.
[202] MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 34.

deferindo-se preferencialmente ao credor os mecanismos de tutela legal, como a execução específica da obrigação e a resolução judicial do contrato.

De outro modo, o inadimplemento de uma obrigação, essencialmente patrimonial, pode representar uma lesão a um interesse existencial do credor e não do devedor, do que igualmente são exemplos as mencionadas relações de consumo que têm por objeto bens ou serviços considerados essenciais ao desenvolvimento da personalidade, sejam públicos ou privados, sendo assim instrumentais a interesses existenciais. O mesmo pode ocorrer nas ditas situações dúplices. Nesses casos, inverte-se a lógica, na medida em que deverá ser assegurada ao credor uma tutela da maior amplitude possível, facultando-lhe inclusive o exercício da autotutela pelo inadimplemento, com suas potencialidades expansivas, através dos respectivos instrumentos, típicos ou convencionais, como será oportunamente demonstrado.

A existência de um interesse existencial no âmbito de uma relação contratual, especialmente caracterizada pela essencialidade de um bem, pode ser (um) índice de vulnerabilidade. E o ordenamento atribui ao contratante vulnerável em geral (não só ao detentor de um interesse existencial na relação contratual), uma diferenciada tutela por força do imperativo constitucional da igualdade substancial. Nesses casos, a autotutela contratual assume um papel de defesa do contratante vulnerável, o que justifica a nulidade das cláusulas contratuais que impliquem renúncia aos mecanismos extrajudiciais de reação ao inadimplemento, tal como a cláusula *solve et repete*, em contratos de consumo ou de adesão em geral.[203] Trata-se de um novo papel da autotutela, entre outros que uma perspectiva constitucionalizada pode oferecer, permitindo-lhe a dissociação de sua origem "primitiva".

Estando em jogo situações não patrimoniais *stricto sensu*, entre as quais se inserem os deveres de conduta oriundos da boa-fé objetiva, é possível constatar uma extensão ou ampliação do próprio objeto da obrigação. A este aspecto será dedicado o tópico seguinte.

2.2 Os deveres de conduta e o alargamento do objeto da obrigação: a extensão do conceito de adimplemento.

[203] O problema da cláusula *solve et repete* será mais profundamente enfrentado no capítulo 3.

A relação obrigacional em sua contemporânea perspectiva complexa e funcional caracteriza-se pela imprescindibilidade não apenas da prestação principal, decorrente da vontade dos contratantes, mas também dos deveres oriundos da cláusula geral de boa-fé objetiva, dirigidos à plena satisfação dos interesses envolvidos merecedores de tutela. Tais deveres não dependem de expressa previsão, embora possam desta se valer, pois correspondem a uma imposição do ordenamento, permitindo "construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes".[204] Verifica-se, por conseguinte, uma expansão das fontes dos deveres obrigacionais, colocando-se a boa-fé objetiva ao lado da vontade na criação de tais deveres.[205] O cumprimento do contrato assim pressupõe, em observância à noção mais ampla de confiança negocial[206], uma concepção também muito mais abrangente de adimplemento.

Destaca-se, nesse contexto, a função criadora desempenhada pela boa-fé objetiva, entre as demais funções que lhe são atribuídas[207] e que conferem substancioso arcabouço téorico à cláusula geral em apreço. Ante a ampla e aprofundada abordagem que se tem dedicado à referida cláusula, parece desnecessário, nesta sede, passar em revista os seus aspectos mais elementares, a sua evolução e os seus principais impactos na teoria dos contratos. Releva, no momento atual, identificar "suas manifestações mais concretas, a fim de fornecer diretrizes relativamente seguras para a solução das controvérsias judiciais".[208] É justamente com este escopo que se pretende revisitar o conceito de adimplemento, para que se possa melhor compreender o significado atual de

---

[204] COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo*, cit., p. 17. Segundo o autor,

[205] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 270.

[206] FACHIN, Luiz Edson, O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial, in Luiz Edson Fachin (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 133. Demonstra o autor que "expressando o abrigo jurídico de intenções e negociações tendentes à formação de um contrato, a confiança pode mostrar-se numa configuração jurídica de dupla possibilidade. De um lado, a conclusão de contrato por comportamento concludente, cujo rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo ou de adimplemento mediante a quebra de dever jurídico. De outra parte, ainda mais importante, a violação da confiança pode atingir o interesse negativo ou da boa-fé, gerando em ambas as hipóteses efeitos jurídicos."

[207] Segundo AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, A Boa-fé na relação de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, abr./jun. 1995, p. 25, a tríplice função da boa-fé, correntemente afirmada pela doutrina e jurisprudência, pode ser assim sintetizada: "a) fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos; e c) limita o exercício de direitos." Também AZEVEDO, Antônio Junqueira de, Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva dos contratos, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, jan/mar 2000, p. 7, destacou a tríplice função, "porque justamente a idéia é ajudar na interpretação do contrato, adjuvandi, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, supplendi, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, corrigendi."

[208] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 32, out/dez 2007, p. 7.

inadimplemento e, por conseguinte, o papel dos respectivos remédios, sobretudo daqueles que operam o poder de autotutela.

Coube especialmente à doutrina civilista sistematizar os deveres de conduta, elaborando classificações variadas, entre as quais destaca-se a tripartição proposta por Menezes Cordeiro em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade.[209] Clóvis do Couto e Silva os separou em deveres anexos dependentes e independentes, sendo os primeiros verdadeiras "pertenças das obrigações principais", a elas tão visceralmente ligados que o seu descumprimento implica igualmente o inadimplemento de tais obrigações, enquanto os segundos gozam de certa autonomia, podendo ultrapassar o término da obrigação principal e serem acionados sem acarretar a extinção desta.[210] Um exemplo seria o dever de sigilo. Antes dos mencionados autores, Betti já havia proposto uma classificação conforme a exigibilidade em juízo, diferenciando os deveres integrativos instrumentais, voltados a garantir o adimplemento da prestação, dos deveres integrativos primários, exigíveis por si só e acionáveis autonomamente.[211] Entende-se, contudo, que, mais do que a exigibilidade em juízo, é a relevância do dever para a consecução do resultado útil pretendido pelo credor que deve balizar o seu grau de dependência em relação à prestação principal, para então se saber se houve ou não inadimplemento desta. Figurando-se como condição necessária para o adimplemento da prestação devida, os chamados deveres laterais, anexos ou secundários só não serão considerados "principais" por não serem determinantes na identificação do tipo contratual, para o que releva a prestação principal, isto é, o dever primário de cumprimento. Nesse sentido, com acerto observa Aline Terra:

> A identificação de quais sejam os deveres de conduta que produzem efeitos diretos em relação à realização do resultado útil visado com a prestação principal, bem como dos que não a afetam diretamente, encerra tarefa que só se realiza à luz do caso concreto. *A priori*, é possível apenas identificar as hipóteses mais evidentes; contudo, mesmo nesses casos, a prudência recomenda o exame concreto de cada uma delas no desenvolvimento da específica relação jurídica.[212]

Pode-se dizer, então, que a inserção de deveres de conduta na relação obrigacional ensejou o alargamento do objeto da obrigação. Este já não se restringe ao comportamento do credor que apenas executa a prestação principal. Adota-se uma

---

[209] MENEZES CORDEIRO, António, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 605.
[210] COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo*, cit., p. 96-97.
[211] BETTI, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milão, Giuffrè, 1953, p. 96-97.
[212] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 46.

renovada concepção personalista[213] de obrigação, desancorada da ótica proprietária que concebe o direito do credor como propriedade *sobre* o ato do devedor para compreendê-lo como direito *à* prestação, permitindo àquele exigir do devedor um comportamento cooperativo para a satisfação dos seus interesses. O adimplemento traduz, portanto, a produção do resultado útil, que realiza os interesses do credor. O resultado útil é um efeito do adimplemento, viabilizado pelo comportamento do devedor[214], mas não é precisamente o objeto da obrigação. Este, por sua vez, abrange a prestação principal, com os respectivos deveres primários e secundários ou acessórios[215], e os deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva, cujo conjunto conforma uma estrutura apta a realizar a função do objeto e, conseqüentemente, da relação obrigacional. A atribuição de função ao objeto, portanto, altera a sua estrutura.

Cabe ressaltar, todavia, que a ampliação do objeto da obrigação não significa haver uma multiplicidade de prestações, eis que o comportamento do devedor, capaz de satisfazer os interesses do credor, compreende um conjunto de condutas, conformando uma prestação satisfativa una[216], cujo adimplemento se perfaz durante todo o desenvolvimento e continuidade da relação.

Diz-se que o adimplemento tem por principal efeito a produção do resultado útil, que realiza os interesses do credor. Afirmou-se, outrossim, que os interesses do credor assumem posição de destaque na relação obrigacional, embora não haja propriamente uma relação de subordinação, mas de coordenação entre os interesses de ambas as

---

[213] Para uma análise das teorias patrimonialista e personalista acerca do objeto da obrigação, cf. KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo, A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação, cit., p. 269 e ss. Segundo os autores, "a determinação do objeto da relação obrigacional constitui a mais debatida controvérsia no estudo da fisionomia da relação obrigacional, a respeito da qual disputam as teorias personalistas e patrimonialistas. Toda a questão cinge-se em saber se o objeto da obrigação se constitui no comportamento devido pelo obrigado, como querem os personalistas, ou no bem prometido, isto é, no resultado útil esperado pelo credor, tal como defendem os patrimonialistas." Criticando a segunda corrente, os autores sustentam que "a tentativa de estabelecer uma relação direta entre o credor e os bens que compõem o patrimônio do devedor, como se fosse uma espécie de direito de propriedade, suprime, como elemento da fisionomia da relação obrigacional, a atividade do devedor, sem atentar para que a relação obrigacional traduz essencialmente um fenômeno de cooperação social." E, mais adiante, concluem: "(...) esta concepção, profundamente ancorada numa perspectiva que, na análise da relação jurídica, sobrepõe o momento patológico ao fisiológico normal, revela-se insuficiente para compreender o sem número de débitos que, na vida corrente, são cumpridos espontaneamente pelo devedor, sem a necessidade de se recorrer às vias judiciais de tutela do crédito. Nesse tocante, as teorias patrimonialistas são, de toda parte, repreendidas por expressarem uma *lógica pan-processualista* que, confundindo a substância da obrigação com os meios subsidiários de tutela do crédito em caso de descumprimento, se encontra na contramão da tendência mais moderna no sentido de se valorizar a função promocional da relação obrigacional."

[214] Em alguns casos, entretanto, pode não haver uma coincidência entre resultado útil e comportamento do devedor, eis que, em virtude de uma possível cisão entre prestação e objeto da prestação, aquele resultado útil pode ser alcançada por outros meios, do que seria exemplo a execução da prestação por terceiro ou a execução forçada do débito. Noutros casos, a coincidência é necessária, tal como ocorre nas obrigações de meio, em que o resultado útil reside no comportamento diligente do devedor, consubstanciando o próprio objeto do contrato.

[215] VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7. ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 130.

[216] MENEZES CORDEIRO, António, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 590.

partes. Vale lembrar que nas relações contratuais correspectivas ambos os contratatantes são, ao mesmo tempo, credor e devedor. A perspectiva do interesse coloca em voga, portanto, a necessidade de se associar o interesse concreto, notadamente do credor, ao interesse típico, ou seja, ao interesse abstratatamente previsto pela disciplina do respectivo tipo contratual e ao qual o ordenamento confere tutela jurídica. Enfim, eis a função do adimplemento: a satisfação da *prestação devida* (objeto da obrigação), em sua acepção mais ampla, para a realização dos interesses típicos e concretos envolvidos na relação e merecedores de tutela. Para satisfazer tais interesses, o adimplemento deve resultar na produção do resultado útil, ou seja, na realização dos efeitos essenciais do contrato celebrado[217], os quais, por sua vez, identificam-se com a própria causa do negócio celebrado.

Buscando enfrentar o problema da causa dos contratos, Celina Bodin assevera que "o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral" e que "a tipicidade de certos contratos já pressupõe cumprida, em abstrato, tal exigência"[218], sendo necessário, por outro lado, um juízo de licitude e merecimento de tutela dos contratos atípicos. Nesse sentido, partindo da concepção de causa segundo Pugliatti, como síntese dos efeitos essenciais do negócio, a autora diferencia a causa abstrata da causa concreta, embora entenda serem ambas indissociáveis para a compreensão da causa e, conseqüentemente, da função do negócio jurídico, nos seguintes termos:

> (...) qualquer interesse social, merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico, pode cumprir o papel de função idônea a justificar o ato de autonomia privada. Aproximam-se as duas noções – causa como função social e causa como síntese dos efeitos essenciais – quando se pensa que a causa do contrato se constitui, efetivamente, do encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que é atribuída pela própria autonomia negocial). Não subsiste qualquer relação de prioridade lógica entre interesse e efeito porque são a resultante do procedimento de interpretação-qualificação do negócio concreto (aliás, o único que na verdade existe).

Assim, "se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação,

---

[217] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 15.
[218] MORAES, Maria Celina Bodin de, A causa dos contratos, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 21, Rio de Janeiro, Padma, jan./mar. 2005, p. 100.

independentemente da satisfação psicológica ou não do credor".[219] Pode-se dizer, assim, que a "síntese dos efeitos essenciais do negócio jurídico" abrange os efeitos "mínimos" essenciais, que correspondem à causa abstrata, porque definida pelo tipo, bem como os efeitos que realizam os interesses concretos dos contratantes, especialmente (mas não só) os do credor, os quais correspondem à causa concreta. A essencialidade dos efeitos correspondentes aos concretos interesses das partes, portanto, não é passível de ser aferida *a priori*, dependendo do concreto regulamento de interesses estabelecido pela autonomia negocial.

Além dos referidos efeitos, há também aqueles que o ordenamento faz incidir independentemente do tipo e de estipulação contratual, embora possam até integrar o tipo ou serem objeto de previsão contratual, que são aqueles decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva, em particular dos já mencionados deveres de conduta.[220] Poder-se-ia indagar se os efeitos decorrentes de ditos deveres integram ou não a causa. Mas a resposta a tal indagação igualmente dependerá de análise em concreto dos interesses das partes. Não se coloca em dúvida, todavia, que tais efeitos poderão ocorrer independentemente da causa. O que importa considerar é que, para que efetivamente se verifique o adimplemento numa visão contemporânea, deve restar atendida a função concreta do negócio, já não bastando o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada.

A noção de causa, embora se afigure útil, senão indispensável[221], para o procedimento de qualificação dos contratos, não se mostra imprescindível para a verificação do adimplemento, para o qual se revela suficiente a concepção alargada do objeto da obrigação, ou seja, de *prestação devida* em sentido amplo, dirigida à realização dos interesses envolvidos e do resultado útil pretendido, especialmente pelo credor. Em outras palavras, se a estrutura do objeto da obrigação, abarcando deveres (primários e secundários) de prestação e deveres de conduta, é funcionalizada aos interesses típicos e concretos merecedores de tutela, a satisfação de tal objeto funcionalizado (adimplemento da *prestação devida*) terá por efeito a produção do

---

[219] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 15.

[220] Segundo MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 37, os deveres decorrentes da boa-fé, ditos "instrumentais", "são 'avoluntaristas' porque não derivam, necessariamente, do exercício da autonomia privada (podendo mesmo limitar aquele exercício) nem de pontual explicitação legislativa (servindo, muitas vezes, para suprir e corrigir disposição legal), tendo presente a relação obrigacional concretamente considerada, a sua 'economia', o programa econômico-contratual, a ser visualizado no quadro da efetiva realidade social e econômica em que o contrato opera".

[221] Nesse sentido, seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson de Paula, *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*, Tese de doutorado, UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

resultado útil desejado pelas partes e, conseqüentemente, a realização da causa do contrato. Pelo raciocínio inverso, a não satisfação do objeto em tal ampla perspectiva inviabilizará a produção dos efeitos essenciais do contrato e do resultado útil pretendido, prejudicando a satisfação dos interesses em jogo e, consequentemente, a causa contratual, isto é, a razão determinante do negócio, a sua função.[222] Verificar-se-á, por conseguinte, o inadimplemento, que é a inexistência da causa final, na acepção empregada por Antônio Junqueira de Azevedo, a repercutir na eficácia do contrato.[223]

Com tal raciocínio não se pretende negar relevância à causa contratual, e nem o fato de que, se a relação obrigacional é processo dirigido ao adimplemento, este se volta para a realização da função do negócio jurídico, que é a própria causa, em seu dúplice sentido, abstrato e concreto. Mas a alargada noção de objeto, direcionado a uma função, permite que se identifique de forma mais imediata e menos complexa o adimplemento em concreto, mediante a satisfação da *prestação devida*. Ademais, tal raciocínio tem a vantagem de desviar da análise do adimplemento, por si já complexa, os problemas e discussões que envolvem o conceito de causa, considerado um dos mais técnicos e difíceis do direito civil, a ponto de despertar, ao mesmo tempo, como afirmou Guido

[222] Na lição de AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 149, a causa não se confunde com o objeto, sendo um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o objeto traduz o conteúdo do negócio, fazendo parte integrante de sua estrutura, consistindo numa referência à causa. Em geral, há uma correspondência entre o objeto e a causa, mas nem sempre isso ocorre (ex.: compra e venda com a finalidade de circulação de bens e com o escopo de garantia, como acontece na compra e venda com pacto de retrovenda).

[223] AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 147 e ss.. Segundo o autor, "a inexistência de causa, nos negócios causais, em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, nulidade por falta de causa, que, neste caso, figura-se como requisito de validade, e quando a hipótese for de causa final, ineficácia superveniente, figurando-se a causa, pois, como fator de permanência da eficácia. Em ambos os casos, o papel da causa será de proteção à parte, que se fiou na existência, passada ou futura, da referida causa. Já nos negócios abstratos, a falta de causa pode dar lugar à ação de enriquecimento sem causa, mas essa conseqüência não repercute quer sobre a validade, quer sobre a eficácia do negócio." Com base em tal formuação, exemplifica o autor: "São exemplos de negócio com causa pressuposta: todos os contratos reais, como o mútuo, o depósito, o comodato, que pressupõem logicamente a entrega da coisa; a confissão de dívida, a novação, a delegação e a dação em pagamento, que supõem dívidas já existentes; a fiança, que supõe o débito do afiançado; a transação, que supõe lide ajuizada ou por ajuizar; o reconhecimento de filho, que supõe a filiação de sangue etc. Em todos esses casos, o porquê do negócio encontra sua resposta em fato logicamente anterior ao negócio; este fato é, pois, a sua causa. São exemplos de negócios com causa final: a troca, que se destina a dar fundamento para que duas coisas mudem juridicamente de mão; o mandato, que se destina dar poderes de representação de uma pessoa a outra; a compra e venda, a sociedade e uma boa parte dos contratos. Também o casamento é negócio jurídico com causa final, já que se destina a constituir a família legítima. (...) Nos contratos bilaterais, o objeto consiste em se convencionar a prestação como causa da contraprestação e vice-versa, e a causa consiste, naturalmente, da dupla realização da prestação e da contraprestação. Segue-se daí que, uma vez formado o contrato bilateral (plano da existência) e se for válido (plano da validade), o não cumprimento posterior da prestação (falta da causa referida na sua constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou sem causa. (...) Acontece, entretanto, que a causa final não age somente quanto à eficácia dos contratos bilaterais; mas, também, quanto à eficácia de outros negócios jurídicos; ela é, assim, uma explicação geral para os casos de ineficácia superveniente de negócios causais com causa final."

Alpa, "veneração e desconcerto"[224], especialmente devido à impossibilidade de reduzi-lo a uma única significação compreensível e à ambigüidade das aplicações propostas pela doutrina e jurisprudência.

Assim, a grande utilidade da causa na teoria contratual remete às três funções que a figura desempenha: "i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos ou coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em conseqüência, a disciplina a eles aplicável".[225] Dando ênfase à terceira função, é também Celina Bodin quem oberva que "na prática, só muito excepcionalmente a causa falta porque na normalidade dos casos os negócios são feitos para produzir efeitos; a função que o negócio realiza é que poderá ser considerada diversa daquela nominada pelas partes. Nestes casos, será necessário 'requalificar' o negócio, independentemente do *nomen juris* atribuído pelas partes".[226]

Em suma, diante de uma renovada, alargada e funcionalizada concepção do objeto do contrato, é importante ter sempre presente, na análise do adimplemento, que a qualificação dos deveres como deveres principais ou secundários de prestação e como deveres de conduta não é estática, pois só se justifica de acordo com o particular contexto da relação obrigacional.[227] E tampouco basta a mera qualificação dos deveres se não forem perquiridos os efeitos que o seu respectivo inadimplemento efetivamente produz sobre a concreta relação contratual, ou seja, sobre o resultado útil programado, sobre o interesse do credor.[228]

Postas as premissas fundamentais para um conceito funcionalizado de adimplemento, o passo seguinte é compreender o inadimplemento em suas principais transformações.

2.3 A funcionalização do adimplemento e as transformações do inadimplemento.

[224] ALPA, Guido, Lineamenti di diritto contrattuale, *Diritto privato comparato: Istituti e problemi*, Roma, Laterza, 2001, p. 192.
[225] MORAES, Maria Celina Bodin de, A causa dos contratos, cit., p. 107.
[226] MORAES, Maria Celina Bodin de, A causa dos contratos, cit., p. 110.
[227] Nesse sentido, ensina PERLINGIERI, Pietro, Recenti prospettive nel diritto delle obligazioni. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, ESI, 1990, p. 47: "*la stessa distinzione tra modalità essenziali o principali e modalità secondarie o accessorie in realtà ha senso soltanto in relazione ad un concreto assetto d'interessi*."
[228] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 88.

Tendo em vista a traçada evolução do direito obrigacional, bem como do conceito de prestação, devido ao alargamento de seu objeto, e da renovada perspectiva funcional do adimplemento, o inadimplemento não poderia restar incólume no contexto da relação obrigacional complexa e funcionalizada. É importante ter presente, no entanto, que, apesar de antiteticamente ligados, "adimplemento e inadimplemento não constituem, simplesmente, o verso e o reverso de uma mesma medalha que possa ser tratada como uma coisa só", vez que "cumprimento e incumprimento pressupõem regras próprias e inconfundíveis: nem sempre o termo 'cumprimento' esgota todas as formas de extinção das obrigações, nem 'inadimplemento' indica todas as possíveis formas de violação de situações obrigacionais".[229]

Sustentando a relevância de uma noção plural e não única de inadimplemento, com base num modelo normativo constituído de princípios e regras entre si articulados numa estrutura e, tal como toda a teoria das obrigações, fundado no princípio da confiança e seus consectários, Judith Martins-Costa aponta para a insuficiência de uma noção meramente descritiva[230] de inadimplemento e para a necessidade de um conceito normativo, que a doutrina concebe em sentido amplo[231] e em sentido estrito, apresentando como mais adequado o segundo, assim delineado:

> Em sentido estrito o inadimplemento é a não-realização da prestação devida enquanto devida. Expliquemo-nos: a figura do "inadimplemento" indica, sob uma perspectiva analítica, um *critério de qualificação*, em termos de "dever-ser", de uma conduta *futura*. Ora, se no momento em que são verificados *os fatos que tornam operativo* esse critério de qualificação tais fatos não mais existem, não há propriamente um "inadimplemento", pois não há, mais, a "conduta devida", o dever-ser incidente sobre a conduta.
>
> O inadimplemento não é, pois, nem a simples ausência de cumprimento nem a mera não-realização da prestação devida: constitui, especificamente, a não-realização da prestação devida na medida em que essa não-realização corresponda à violação da norma (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo

[229] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 80.

[230] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 81: "Descritivamente, o termo 'inadimplemento' indica o não-cumprimento, (a) pelo *devedor*, das normas que impõem o dever de prestar ao credor, no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer; e (b) pelo *credor*, traduz o não-cumprimento das normas que impõem o recebimentoda prestação, também no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer." Segundo a autora, a noção "tem o defeito de reunir numa mesma 'fôrma' as mais diversas hipóteses de não-cumprimento da prestação, inclusive os casos em que este decorre da incidência da prescrição ou do defeito da nulidade, ou quando a prestação devida pela lei ou pela convenção foi substituída pela dação em pagamento, ou consignação, ou perdoada pela remissão, traduzindo, enfim, o não-cumprimento decorrente de qualquer meio de extinção da obrigação."

[231] Segundo VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, v. II, cit., p. 60, em sentido amplo o inadimplemento é a situação objetiva de não-realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa da qual a falta procede.

> jurisprudencial) que era especificamente dirigida ao devedor (cominando o dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber).[232]

Adotando-se tal conceito normativo estrito e uma vez assentada a imprescindibilidade de se investigar as conseqüências do inadimplemento de cada um dos deveres que compõem a *prestação devida* sobre o resultado útil programado, coloca-se a necessidade de uma releitura das tradicionais noções de mora e de inadimplemento absoluto conforme a possibilidade e utilidade da prestação.

2.3.1. A mora e o inadimplemento absoluto em renovada perspectiva.

Afirma-se que o critério distintivo entre as duas espécies de inadimplemento é a possibilidade ou não de receber a prestação, ou seja, ocorre inadimplemento absoluto quando a prestação devida não mais puder ser realizada ou, ainda que possa sê-lo, não mais possa satisfazer o interesse do credor, tornando-se, de um modo ou de outro, "irrecuperável".[233] A inutilidade deve ser aferida "em face do tempo, do lugar e da forma do pagamento"[234], sendo que a gradação entre o que seja mera redução da utilidade e o que seja sua total eliminação depende sempre de apreciação em concreto.[235] Ademais, a inutilidade deve ser perquirida tanto objetiva[236] quanto subjetivamente, conforme o interesse de determinado credor na específica relação obrigacional, devendo-se afastar avaliações discricionárias, de modo a "impedir que o credor seja movido por mero capricho"[237] e a evitar o risco de "arbítrio judicial".[238] É justamente por isso que se deve buscar critérios para a avaliação da inutilidade, pelo que se propõem a boa-fé objetiva e o interesse do sinalagma, valendo observar as "repercussões no *equilíbrio* entre as prestações; na *funcionalidade* do contrato, implicada no concreto *programa negocial*, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte; na *relação de proporcionalidade*; na própria *licitude*,

---

[232] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 83.
[233] A expressão é de ASSIS, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.
[234] ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 3. ed., Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 66.
[235] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1991, p. 205.
[236] Segundo AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, cit., p. 133, os elementos objetivos "são fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação".
[237] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 99.
[238] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 254.

considerada à vista da cláusula geral do art. 187".[239] A impossibilidade ou inutilidade, portanto, refere-se à *prestação devida* e não apenas à prestação principal, sendo que o descumprimento de um dever de conduta pode configurar tanto inadimplemento absoluto quanto mora.

No ordenamento brasileiro, a mora é geralmente associada a um retardamento culposo, "embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma)"[240], o que, por sua vez, não deixa de ser um retardo. Partindo-se de uma noção ampla *de prestação devida*, oriunda do assinalado alargamento do objeto da obrigação, o cumprimento imperfeito nada mais é do que atraso no cumprimento da referida prestação, abrangendo tanto os deveres de prestação quanto os deveres de conduta.

Uma tal concepção ampla de mora acaba por tornar desnecessária, no ordenamento pátrio, a aplicação da teoria alemã da violação positiva do contrato, concebida por Hermann Staub em 1902, ante as lacunas constatadas no BGB, cujos conceitos de mora e inadimplemento absoluto apenas correspondiam à violação negativa da prestação principal. Staub pretendia configurar um fundamento para a tutela das diversas hipóteses em que alguém viola uma obrigação mediante conduta positiva, fazendo alguma coisa que deveria omitir, ou executando a prestação devida, mas de maneira inexata.[241] Nota-se que, com a reforma do direito obrigacional, ditas lacunas foram supridas com a introdução no sistema alemão de uma cláusula geral de reparação de danos decorrentes da violação de quaiquer deveres oriundos do contrato (§ 280, I, do BGB).[242] A mesma tendência de se conferir um tratamento unitário às diversas obrigações e deveres contratuais já havia sido manifestada na Convenção de Viena de 1980 (*Convention on Contracts for the International Sales of Goods*), prevendo a resolução por inadimplemento fundamental e atentando mais para os efeitos da violação do que para a natureza do dever violado.

---

[239] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 256.

[240] ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 29.

[241] STAUB, Hermann, *Le violazioni positive del contratto*, Trad. Giovanni Varanese, Napoli, ESI, 2001.

[242] Segundo CANARIS, Claus-Wilhelm, O novo direito das obrigações na Alemanha, *Revista de Direito da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 7, nº 27, 2004, p. 119, "Após a reforma, a lei passou a adotar a abordagem oposta, considerando o caso de execução insatisfatória ou, em outras palavras, um inadimplemento não específico, como seu ponto de partida e aspecto central (§ 280 do CCA). Este dispositivo foi concebido como uma cláusula geral, que rege todas as reclamações de indenizações nos casos de execução defeituosa de uma obrigação. Portanto, a Lei alemã atualmente depende de um só fundamento para a reclamação. Nos termos deste dispositivo, são devidas indenizações nos casos em que, por exemplo, houve dano causado pelo atraso do devedor ou por defeito nas mercadorias entregues."

Não obstante doutrina minoritária ainda sustente haver um espaço no sistema brasileiro para a teoria da violação positiva do contrato, abrangendo restritivamente o descumprimento culposo de deveres de conduta quando tais deveres não se relacionem diretamente com o interesse do credor na prestação[243], assume-se como mais consentâneo com o atual direito das obrigações o entendimento de que

> há deveres de conduta que produzem efeitos diretos sobre o resultado útil programado, ligando-se visceralmente à prestação principal, e outros que, apesar de se conectarem apenas de forma indireta a esse resultado útil, também se incluem na concepção mais ampla de prestação devida. De toda sorte, o que importa é que a violação de qualquer desses deveres de conduta conduz à não execução do comportamento devido e, conseqüentemente, ao não cumprimento da prestação devida. Se tal violação acarreta a mora ou o inadimplemento absoluto é questão que apenas se responde à luz do caso concreto, de acordo com a possibilidade ou não de adimplemento, bem como com a manutenção ou não do interesse do credor na prestação – vale dizer, com a possibilidade de a prestação ainda produzir o resultado útil programado.[244]

Enfim, a conclusão mais acertada é a de que "revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento".[245] Além disso, sob a perspectiva funcional, fica afastado o receio de um exacerbado recurso à boa-fé objetiva até mesmo quanto aos efeitos da mora, permitindo, por exemplo, que a atribuição ao devedor dos riscos sobre a coisa, nos termos do artigo 399, somente ocorra caso o inadimplemento (inclusive de dever de conduta) seja realmente relevante, afetando o interesse do credor e a produção do resultado útil programado.[246]

Em decorrência das renovadas concepções de adimplemento e de inadimplemento, bem como das espécies deste (absoluto e relativo – mora), cumpre enfrentar os problemas da mora no cumprimento das obrigações negativas, da contratualidade dos deveres de proteção e das possíveis conseqüências de seu

---

[243] É o entendimento de SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 268, que define a violação positiva "como inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação". No mesmo sentido, cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, cit., p. 126: "No Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito, inclusive por defeito qualitativo (violação quanto à forma e ao modo da prestação), razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada pela doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva. Isso relativamente às obrigações convencionadas, principais ou acessórias. A omissão da nossa lei está em deixar de referir a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa-fé (...)."

[244] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 112.

[245] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 17.

[246] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 115.

descumprimento, e do inadimplemento antecipado, anterior ao termo ou à condição suspensiva. Elegem-se tais questões nesta sede justamente por revelarem potencialidades de expansão dos remédios para o inadimplemento, entre os quais se incluem alguns instrumentos de autotutela, a serem posteriormente tratados. O raciocínio é lógico, pois, na medida em que se ampliam as formas de manifestação da própria patologia, devem ser igualmente ampliados os respectivos remédios.

2.3.2 A mora no cumprimento das obrigações negativas.

No tocante às obrigações negativas ou de não fazer, a transformação reside justamente na revisão do entendimento tradicional[247] de que tais espécies de obrigação não comportariam o inadimplemento relativo, mas apenas o absoluto, devido à impossibilidade de se "recuperar" a obrigação de não fazer.[248] Pondera-se, todavia, que tal se aplica somente às obrigações que se encerram de uma só vez, em que não há espaço para o cumprimento intempestivo, enquanto que a mora pode ocorrer nas relações continuadas no tempo, sendo que o que cumpre realmente analisar é a persistência do interesse do credor na prestação em atraso e, conseqüentemente, a possibilidade e utilidade da prestação.[249] Exemplificativamente, "se o devedor se obriga a não concorrer com o credor, e eventualmente o faz, nada impede que, purgando a mora (com as eventuais perdas e danos), volte a se abster".[250]

Coloca-se, assim, por força da continuidade da relação obrigacional, compreendida como processo, a necessidade de se avaliar o comportamento das partes antes e depois do vencimento da prestação, a fim de apurar os interesses existentes em torno de um possível adimplemento tardio.

---

[247] Nesse sentido, cf. ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 45 e 134, para quem a pretensão ao desfazimento dos efeitos do ato cuja prática deveria ter sido abstida, nos termos do artigo 883 do CC/1016, atual artigo 251 do CC/2002, configuraria mais propriamente uma reparação do que uma execução forçada. O autor apenas admite a possibilidade de configuração do inadimplemento absoluto.

[248] Tal entendimento inclusive levou à alteração da redação do artigo 961 do CC/1916 no correspondente artigo 390 do CC/2002, que, em lugar da expressão "o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster" por "o devedor é havido por inadimplente desde o dia (...)." No entanto, de conformidade com o entendimento acatado neste trabalho, afigura-se mais adequado compreender o termo "inadimplente" em sentido amplo, abrangendo ambas as espécies.

[249] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 157 e ss. O autor critica a concepção da Philipp Heck, que enquadrava entre as hipóteses de violação positiva do contrato o descumprimento de deveres de omissão.

[250] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 14.

Por conseguinte, o descumprimento da obrigação negativa pode ensejar não apenas a reparação do dano ou a resolução do contrato, mas também a purga da mora (que neste caso é automática ou *ex re*), a execução específica[251] e a *exceptio non adimpleti contractus*.[252] E é este último instrumento que interessa especialmente ao presente trabalho, razão pela qual a sua operatividade também no caso de obrigações negativas será tratada no capítulo seguinte.

É importante considerar, segundo Judith Martins-Costa, que "o ato de fazer, ou de não-tolerância, que constituem o próprio inadimplemento, têm que ser imputáveis ao devedor", pois "pode ocorrer que o inadimplemento decorra de impossibilidade superveniente, e, neste caso, incidirão os arts. 250 e 396, o primeiro exigindo que a impossibilidade seja não-culposa, o segundo, apenas que não lhe seja imputável".[253]

Interessa notar que o artigo 251 do Código Civil em vigor, inovando relativamente ao seu antecessor ao inserir o respectivo parágrafo único, previu hipótese de autotutela, permitindo que "em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer [o ato], independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido." Tem-se, neste particular, um instrumento de autotutela satisfativa em reação ao inadimplemento, indo até mesmo além dos tradicionais remédios contratuais, mas igualmente sujeito ao controle de legitimidade mediante a ponderação dos interesses em conflito, conforme observam Gustavo Tepedino *et alii*, em comentário ao citado artigo:

> Instituiu-se assim mais uma hipótese na qual a lei autoriza o exercício da autotutela, tal como já se admite com o desforço possessório, o estado de necessidade, o penhor legal, o direito de retenção, dentre outras. Tais situações, excepcionalíssimas, estarão abrigadas pela lei na medida em que "se verifique a impossibilidade do Estado-Juiz estar presente sempre que o direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo" (Ada Pellegrini Grinover, Teoria Geral, p. 29) e desde que se faça uma adequada valoração dos interesses em conflito.
>
> A norma não autoriza – nem poderia – a inobservância de direitos individuais, quando haja obstáculos ao desfazimento, respondendo o credor pelos danos causados. A excepcional e autorizada invasão da esfera privada somente poderá ocorrer mediante o sopesamento dos valores em questão, o que remete o intérprete às disposições concernentes ao abuso do direito (...).
>
> A juridicidade da conduta do credor que, com fundamento no art. 251, par. ún., exerce a autotutela, praticando atos de desfazimento do ato proibido, será aferida

[251] Cf. TJRS, 11ª CC, Ag. Instr. 70004494068, Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, julg. em 11.12.2002, e TJRJ, 2ª CC, Apel. Cível 199500105072, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julg. em 03.10.1995.

[252] É a posição de PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, t. XXII, 2. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 188 e ss..

[253] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 166. Segundo a autora, "são exemplos de obrigações negativas a promessa de não concorrer; de não levantar prédio, ou de não levantá-lo acima de determinada altura ou dimensão; de não fechar caminhos ou estradas particulares; com importância crescente no universo da concorrência empresarial está a obrigação de não divulgar segredos ou informações, ou quaisquer dados cuja projeção, no tempo, atinge, em regra, a fase pós-contratual (...)."

> segundo uma ponderação dos interesses em conflito, tornando-o responsável quando se verificar a ocorrência de abuso, sempre que a satisfação do seu direito não prevalecer sobre o direito do devedor, à luz dos princípios constitucionais que regem o ordenamento.[254]

2.3.3 A contratualidade dos deveres de proteção e possíveis conseqüências de seu descumprimento.

Outro problema que se propõe enfrentar é o do descumprimento dos deveres de proteção, assim considerados aqueles "que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio".[255] Há quem sustente serem tais deveres delituais ou extracontratuais, por não decorrerem do contrato, mas da regra geral do *neminem laedere*, ensejando responsabilidade aquiliana.[256] Em sentido diverso, há quem defenda a natureza obrigacional e a contratualidade de tais deveres e de todos os demais deveres ditos "laterais", o que permite invocar a responsabilidade contratual e os seus respectivos remédios.[257]

É *comune vulgata* que, enquanto a responsabilidade contratual visa a proteger o interesse à prestação, a extracontratual destina-se a proteger interesses de mera conservação do *status quo ante*, ou seja, a integridade da pessoa ou da coisa. Os deveres de proteção permitem entrever um ponto de contato entre a responsabilidade contratual e extracontratual, na medida em que, embora inseridos no dever geral de *neminem laedere*, também passam a compor o interesse do contratante envolvido na relação contratual, quando sua pessoa ou bens estejam envolvidos na execução do contrato. Como adverte Adolfo Di Majo, citando Heinrich Stoll, não se trata propriamente de uma transformação do dever geral de *neminem laedere* em obrigações específicas, mas do fato de que tais deveres de proteção também fazem parte do escopo da própria

---

[254] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 524. Em relação ao entendimento transcrito, ousamos discordar apenas no tocante à generalizada excepcionalidade da autotutela, pelas razões já expostas neste trabalho.

[255] CARNEIRO DA FRADA, Manuel *apud* MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 38.

[256] É o entendimento de Pedro Romano MARTINEZ *apud* SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 83, e de MENEZES CORDEIRO, António, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 636 e ss..

[257] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 86 e ss..

obrigação, refletindo interesses que normalmente não são expressos no contrato, mas cuja proteção considera-se implícita na tutela contratual.[258]

Essa perspectiva confirma a relativização da rígida dicotomia responsabilidade contratual/extracontratual, tal como apontado pela doutrina brasileira sobretudo após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Como afirma Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, "no que tange à *natureza* dos institutos, dúvidas já não prevalecem sobre a identidade de *ratio* que preside a temática em apreço, daí poder-se afirmar a *unidade essencial da responsabilidade civil*. De fato, tanto num caso como noutro, o que se verifica é que há sempre um *dano* a clamar por *reparação*".[259] Todavia, é importante ter presente que a aproximação das duas categorias de responsabilidade não importa propriamente a unidade dos remédios que cada uma estabelece, sobretudo porque a responsabilidade contratual pode ensejar conseqüências jurídicas distintas da reparação do dano, verificando-se uma diversidade de regimes apesar da unidade de natureza.[260] A propósito, Jorge Cesa Ferreira da Silva atenta para as virtudes da alocação contratual dos deveres de proteção, no seguinte sentido:

> Pense-se, por exemplo, na execução de um contrato em que uma das partes, por sua conduta negligente, não só impõe um dano à outra como também demonstra uma potencialidade de produzir novos danos. A proteção dos bens jurídicos da parte que sofre o dano pode estar aberta, indubitavelmente, pela via da responsabilidade aquiliana. Contudo, entendido o dano, bem como a conduta da parte como *extracontratuais*, terá o contratante lesado duas opções: ou manter o contrato e ajuizar, a cada dano provocado, nova ação reparatória, ou resolver/resilir o contrato. Neste último caso, porém, tendo em vista a inexistência de fundamento *contratual*, terá de arcar com todas as conseqüências decorrentes dessa opção (pagar a indenização correspondente, ou valor fixado em cláusula penal, ou o valor relativo a prévio aviso, etc). Entendido, entretanto, como descumprimento de dever *contratual* lateral de proteção, o dano provocado bem como a conduta negligente consubstanciarão inadimplemento, abrindo-se a via da ação resolutória cumulada com indenização.[261]

A natureza obrigacional e a contratualidade dos deveres de proteção, contudo, deve ser aferida segundo sua conexão com os interesses envolvidos na relação contratual, na medida em que tais deveres ligam-se à execução do contrato.[262] Assim,

---

[258] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 59.

[259] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual, Tese de Doutorado, UERJ, Rio de Janeiro, 2005, p. 50.

[260] Neste particular, pertinente é a elucidação de Atilio ALTERINI, Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad, in *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Ley, 1992, p. 42, para quem "así como la moda unisex no convierte al hombre en mujer ni a la mujer en hombre, la unificación de regimenes en materia de responsabilidad no diluye ni puede diluir la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito."

[261] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 87 e ss..

[262] BENATTI, Francesco *apud* SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 89 e ss..

não é todo dever de proteção que se reveste de contratualidade, colocando-se fora do âmbito do contrato os deveres que não são propriamente necessários à sua execução e à persecução do resultado útil programado, tal como o dever de não furtar ou o de não roubar bens da outra parte. Por outro lado, "são obrigacionais o dever de não destruir o patrimônio da outra parte com a execução do contrato, ou o de não informar as eventuais conseqüências danosas do mau uso da máquina instalada, ou o de instalar a máquina de modo a melhor atender os interesses do adquirente".[263] Em alguns casos, a exemplo do contrato de transporte, o dever de proteção é inerente à própria prestação. Nesse sentido, afirma Carlos Alberto da Mota Pinto:

> (...) devem ter-se por compreendidos no conteúdo da relação contratual os deveres de cuidado necessários para evitar os danos pessoais ou patrimoniais, susceptíveis de ser desencadeados (segundo uma relação de tipo idêntico à da doutrina da causalidade adequada), por qualquer das atividades que cada uma das partes está obrigada a executar ou legitimada para realizar em vista desse fim.[264]

O descumprimento do dever de proteção é tido por *contratual*, embora tal dever não seja dotado, em tese, assim como os demais deveres laterais, de pretensão primária, por não exigirem uma determinada e específica atuação. É o seu descumprimento que dá azo à pretensão reparatória, e não só a esta, pois, devido à mencionada contratualidade, como dito, os deveres de proteção também podem ensejar o uso dos remédios contratuais, a serem mais detidamente analisados no capítulo seguinte.

Por ora, o que importa ressaltar é que os deveres de proteção, quando conexos à execução do contrato e à persecução do resultado útil programado, enquadram-se no regime do inadimplemento contratual, podendo configurar, segundo os interesses envolvidos na específica relação, inadimplemento absoluto ou mora, com as conseqüências decorrentes.

2.3.4 O inadimplemento anterior ao termo e à condição suspensiva.

Entre as transformações verificadas na teoria do inadimplemento, como corolário das mudanças ocorridas na seara mais ampla do direito das obrigações, coloca-se, enfim, o inadimplemento anterior ao termo, também designado

---

[263] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 89 e ss..
[264] MOTA PINTO, Carlos Alberto da *apud* SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 89 e ss..

inadimplemento antecipado. Sobre o assunto a doutrina brasileira mostra-se ainda tímida, embora se registrem alguns importantes estudos a respeito, como os de Serpa Lopes[265], João Baptista Villela[266], Fortunato Azulay[267] e, mais recentemente, de Ruy Rosado de Aguiar Júnior[268], Anelise Becker[269], Jorge Cesa Ferreira da Silva[270], Anderson Schreiber[271] e Aline de Miranda Valverde Terra[272], entre outros.[273]

A noção de inadimplemento anterior ao termo rompe com a tradicional concepção estática da relação obrigacional, que caracteriza um verdadeiro vácuo entre seu nascimento e sua extinção pelo cumprimento, como se os contratantes nada mais

---

[265] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, p. 293. A obra citada não tem por objeto especificamente o tema do inadimplemento anterior ao termo, mas o autor aventa a sua admissibilidade no ordenamento brasileiro, admitindo a exceção de contrato não cumprido. Sobre tal ponto dedicar-se-á o capítulo seguinte.

[266] VILLELA, João Baptista, *Sanção por inadimplemento contratual antecipado. Subsídios para uma teoria intersistemática das obrigações*, Belo Horizonte: [s.n.], 1966, p. 6. O autor trata a hipótese como de "pré-inadimplência".

[267] AZULAY, Fortunato, *Do inadimplemento antecipado do contrato*, Rio de Janeiro, Editora Brasília/Rio, 1977. O autor também adere à noção de "pré-inexecução" ou "pré-inadimplência", propondo a aplicação analógica do artigo 1.092 do CC/1916.

[268] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, 2. ed., Rio de Janeiro, Aide Editora, 2004, p. 123. O autor assim sintetiza a situação de "quebra antecipada do contrato": "É possível o inadimplemento antes do tempo se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo contra a prestação, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento. Se essa situação se verificar, o autor pode propor a ação de resolução. O descumprimento antecipado ocorrerá sempre que o devedor, beneficiado com um prazo, durante ele praticar atos que, por força da natureza ou da lei, faça impossível o futuro cumprimento."

[269] BECKER, Anelise, Inadimplemento antecipado do contrato, *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, vol. 12, p. 68-77, out./dez. 2004.

[270] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 256 e ss.. O autor, aderindo ao entendimento de Hermann Staub, enquadra as hipóteses de inadimplemento antecipado ora como inadimplemento absoluto ou mora, ora como violação positiva do contrato, nos seguintes termos: "Seguindo-se a classificação do inadimplemento conforme a vinculação do dever específico aos deveres de prestação (principais e secundários), há que se reconhecer que alguns casos de manifestação antecipada configuram descumprimento de deveres que, apesar de não representarem deveres principais, consubstanciam deveres secundários de prestação. É o caso dos aqui chamados 'deveres instrumentais' para o adimplemento. Quando, para a construção da aeronave, demanda-se um conjunto de atos prévios dedicados a preparar e a permitir o resultado final, é evidente que se está diante de deveres *de prestação*. O resultado do não cumprimento desses deveres será ou a impossibilidade da construção ou o atraso na entrega. O descumprimento, portanto, é de deveres secundários de prestação, passíveis de ensejar inadimplemento absoluto ou mora. Situação distinta, no entanto, é encontrada naqueles casos em que o descumprimento não provoca, em cadeia causal necessária, a não-realização futura da prestação, mas sim consubstancia desde já um ataque à *relação de confiança* existente entre as partes. São os casos de declarações concretas no sentido do inadimplemento, ou mesmo de atos concretos que demonstrem essa possibilidade. Nestas circunstâncias, não será um dever de prestação que será violado, mas um *dever lateral*. Por isso, a classificação desses casos não poderá realizar-se entre as figuras tradicionais do inadimplemento, ligando-se assim diretamente à *violação positiva do contrato*." (grifos no original)

[271] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 11, que observa: "Sob o império da boa-fé objetiva, o comportamento das partes antes e depois do cumprimento da prestação principal passa a produzir efeitos jurídicos diferenciados, que podem mesmo ultrapassar, em importância, aqueles que resultam do cumprimento em si. Em um cenário marcado por relações contratuais duradouras, torna-se não apenas um direito, mas um efetivo dever de ambas as partes diligenciar pela utilidade da prestação antes, durante e depois do seu vencimento, para muito além do momento pontual de sua execução."

[272] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., *passim*.

[273] Cf. DUARTE, Adriana Dardengo, *A quebra do contrato por repúdio antecipado no direito brasileiro*: proposta de aplicação de uma teoria, Dissertação de Mestrado, UFMG, Belo Horizonte, 2006; e MARTINS, Raphael Manhães, Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 391, p. 159-188, mai./jun. 2007.

tivessem a fazer a não ser aguardar que se torne exigível a prestação. Rompe, outrossim, com a própria concepção de exigibilidade, tradicionalmente estática porque também atrelada à perspectiva meramente estrutural e formal do termo, sem atentar para a sua função e para os interesses concretos envolvidos na relação.

Com efeito, concebida a relação obrigacional como processo dinâmico, é certo que o lapso temporal entre o seu nascimento e o termo deve compreender uma atividade preparatória[274], de modo a viabilizar o cumprimento pontual e perfeito da prestação. O termo é um benefício concedido ao devedor e importa a inexigibilidade da prestação se e enquanto tal benefício se justifique. Violado o interesse do credor, ante a impossibilidade ou inutilidade da prestação, mesmo antes do termo, esta então se torna exigível. Trata-se de uma inexigibilidade provisória, diversa daquela permanente, que caracteriza as obrigações naturais[275], uma vez que a exigibilidade não necessariamente coincide com a possibilidade de cumprimento.[276]

De conformidade com o artigo 133 do Código Civil em vigor, verifica-se uma presunção legal de que, nos contratos, o termo é estipulado em benefício do devedor, salvo "se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes". A norma visa favorecer a execução do débito e viabilizar a liberação do devedor, expressando verdadeiro *favor debitoris*. Mas, sob uma perspectiva funcional, o benefício concedido ao devedor não tem um fim em si mesmo, pois se mantém na medida em que viabiliza o adimplemento, evento que polariza o processo obrigacional. De fato, "a função do termo reside em conferir prazo ao devedor para que possa adimplir perfeitamente sua obrigação, e produzir o resultado útil programado, satisfazendo o interesse do credor".[277] Tanto é assim que o devedor pode renunciar ao termo, se preferir cumprir a obrigação antes dele, de modo a satisfazer o interesse do credor, que então não poderá recusar a prestação, sob pena de mora *accipiendi*. Tal demonstra a notória diferenciação entre o momento em que o credor pode exigir e aquele em que o devedor pode prestar.

---

[274] MURARO, Giovanni, L'inadempimento prima del termine, *Rivista di diritto civile*, Padova, ano XXI, 1ª parte, 1975, p. 264.

[275] PERLINGIERI, Pietro, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, ESI, 2004, p. 135. O autor ainda esclarece: "*Dunque si tratta di un'inesigibilità particolare, per ragioni non di struttura, ma di valutazione funzionale: il legislatore compie, una volta per tutte, una valutazione teleologica rispetto a questa particolare forma d'inesigibilità giustificata dal vantagio che, ad esempio, il creditore ha attribuito al debitore*."

[276] VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, v. II, cit., p. 41.

[277] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 80.

Diverso é o efeito do termo estabelecido em favor de ambos os contratantes, que implica a inexigibilidade da prestação até que aquele se verifique, sendo que a renúncia ao benefício somente pode ocorrer de comum acordo. Por outro lado, se o termo for fixado em favor do credor, este pode exigir a prestação a qualquer tempo, uma vez que é exigível desde logo, embora o devedor não possa, a seu critério, prestar antes. O termo dito "essencial" é espécie de termo estabelecido em benefício do credor, e a sua não observância torna definitivamente impossível e irrecuperável a prestação, restando prejudicado o seu objeto. A essencialidade pode ser determinada pelo interesse concreto do credor (termo essencial subjetivo) ou pela própria natureza da prestação (termo essencial objetivo).

Admite-se como fundamento do inadimplemento anterior ao termo o próprio inadimplemento da *prestação devida*[278], mostrando-se dissonantes com uma concepção alargada de objeto da obrigação as posições de alguns autores no sentido de que se trata de "pré-inadimplência" ou de modalidade de violação positiva do contrato.[279]

Tal modalidade de inadimplemento não se circunscreve ao debate acadêmico, tendo sido reconhecida em diversos planos normativos, inclusive nos âmbitos comunitário e transnacional. A Convenção de Viena sobre compra e venda internacional, de 1980, prevê a figura em seu artigo 72, dispondo que, se antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste. A Convenção também recomenda a prévia notificação da contraparte, para que tenha oportunidade de oferecer garantia, salvo se houver declarado expressamente a recusa em adimplir ou se o tempo não o permitir. Também os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (art. 9.304) e os Princípios *Unidroit* (art. 7.3.3), estes útimos afetos aos contratos comerciais internacionais, estabelecem que, se antes do termo da prestação se evidenciar um inadimplemento essencial por parte do devedor, o credor pode resolver o contrato. Igualmente nos ordenamentos de *common law* a questão vem sendo amplamente estudada tendo em vista a figura da *antecipatory breach (repudiation) of contract*, inclusive prevista no *Uniform Commercial Code*.[280]

---

[278] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 130.

[279] Cf. as referências *supra* a João Baptista Villela, Fortunato Azulay e Jorge Cesa Ferreira da Silva.

[280] O fenômeno da *antecipatory breach of contract* é assim definido por T. LUNDMARK, in *Common Law Ton and Contract*, Mùnster, 1998, p. 181: "*the essence of a contract relation is justified aspectation of performance. The essence of contract creation is the shifting of risks, limited risks, for a price. The problem of anticipatory-repudiation is to work out an adjustment between these two factors: to allow the contracting party a legal avenue*

Tomando por parâmetro os termos da aludida Convenção, observa-se que "a configuração da 'quebra antecipada' não se subordina à certeza absoluta quanto ao inadimplemento, e tampouco é suficiente a caracterizá-lo mero risco de descumprimento. Exige-se, para tanto, probabilidade substancial de inadimplemento".[281] É importante, assim, distinguir as situações de risco de descumprimento e de inadimplemento propriamente dito. Com tal intuito é que se deve investigar quais são os suportes fáticos objetivos e subjetivos do inadimplemento anterior ao termo.

Quanto aos suportes fáticos objetivos, cabe verificar inicialmente se a conduta do contratante anterior ao termo impossibilita ou inutiliza a prestação para o credor, isto é, se configura inadimplemento absoluto ou mora, a fim de que possa ser utilizado o remédio mais adequado conforme o grau da lesão ao interesse do credor. Nesse sentido, Aline de Miranda Valverde Terra sistematizou ditos suportes em: (i) manifestação expressa ou tácita de não *querer* adimplir; (ii) manifestação expressa ou tácita de não *poder* adimplir; e (iii) comportamento comissivo ou omissivo do devedor que inviabiliza o adimplemento no termo ajustado, a ensejar a perda de utilidade da prestação para o credor.[282]

No tocante ao primeiro suporte, a declaração expressa deve ser séria e ter notável grau de definitividade, enquanto a manifestação tácita decorre da inequívoca conduta do devedor no sentido de não adimplir, não se fazendo necessária, em ambos os casos, uma certeza absoluta, mas uma probabilidade próxima à certeza acerca do inadimplemento. Tal manifestação de não querer adimplir pode ensejar tanto a mora, caso a prestação seja fungível e o termo não seja não essencial, quanto inadimplemento absoluto, caso a prestação seja personalíssima ou o termo seja essencial.[283] Havendo simplesmente mora, isto é, nas hipóteses em que se preserve a utilidade da prestação para o credor, não obstante a manifestação negativa do devedor, os riscos decorrentes de caso fortuito ou de força maior, que venham a ocasionar impossibilidade inimputável após a mora, devem ser suportados por este último.[284]

---

of escape from due to wrongful repudiation of the obligation owing him, risk of which he should not me made to bear, while still requiring him do suffer those risks which the agreement was designed to impose upon him."

[281] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 135.

[282] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 270 e ss..

[283] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 274.

[284] MURARO, Giovanni, L'inadempimento prima del termine, cit., p. 260.

Discute-se se a manifestação de não querer adimplir vincula o devedor de forma irretratável. De um lado, a irretratabilidade é defendida sob o fundamento da proibição do *venire contra factum proprium* e, de outro, é relativizada, em consideração do princípio da conservação dos negócios jurídicos, havendo interesse do credor na prestação. A retratação, contudo, torna-se inviável quando ausente tal interesse, o que pode ocorrer, por exemplo, quando o credor tenha buscado outras alternativas para atingir o resultado útil pretendido, circunstância que deve ser apreciada sempre em concreto.[285]

Sendo assim, considera-se que as manifestações de não querer adimplir nem sempre retratam certeza quanto ao inadimplemento, situação em que não legitimam, de imediato, a resolução do vínculo obrigatório. Isso porque podem não ser fruto de uma real e concreta intenção de não querer cumprir a prestação, mas de razões as mais diversas. Basta pensar nas declarações do devedor com o intuito apenas de informar ao outro contratante alguma dificuldade encontrada na execução do contrato, ou realizadas por mero capricho ou, ainda, em virtude de uma controversa interpretação de cláusulas contratuais, insuficiente para configurar o inadimplemento. Em tais circunstâncias, o contratante leal deve recorrer primeiramente aos instrumentos de natureza cautelar, suspendendo a própria prestação e, se for o caso, requerendo idônea garantia.[286] Nesse particular, mostram-se de grande utilidade as exceções de contrato não cumprido, bem como uma mais ampla concepção de garantia, sobre o que se reserva o capítulo seguinte, dedicado aos remédios em reação ao inadimplemento.

Quanto ao segundo suporte, verifica-se a impossibilidade da prestação em razão do comportamento comissivo ou omissivo do devedor, ao retardar a execução de atos necessários ao seu cumprimento, decorrentes dos deveres secundários de prestação, ou ao violar deveres de conduta oriundos da boa-fé objetiva, tão visceralmente ligados à prestação principal que seu descumprimento impossibilita o inadimplemento da prestação devida. Os efeitos decorrentes são os relativos ao inadimplemento absoluto.

No tocante à manifestação tácita de não poder adimplir, por descumprimento de deveres de conduta essenciais à prestação principal, um exemplo seria a perda culpável de objeto essencial ao cumprimento da prestação. Nas obrigações de dar coisa certa, note-se que a perda do objeto por culpa do devedor enseja inadimplemento inclusive

---

[285] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, 2. ed., Rio de Janeiro, Aide Editora, 2004, p. 129.
[286] PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 224.

anterior à condição suspensiva, conforme prevê o artigo 234 do Código Civil vigente[287], inexistindo justificativa para se excluir a incidência da norma relativamente ao termo. Ademais, afirma-se que a perda deve ser compreendida em sentido amplo, abrangendo as hipóteses de desaparecimento total, de desaparecimento de qualidades essenciais, de indisponibilidade ou de confusão com outra coisa.[288] A impossibilidade superveniente imputável decorre, portanto, da perda oriunda de conduta culposa do devedor.

Enfim, o terceiro suporte consubstancia-se no comportamento omissivo ou comissivo do devedor que ocasione a perda de utilidade da prestação para o credor, configurando a mora anterior ao termo, que se converte em inadimplemento absoluto, e que pode resultar tanto da violação de deveres de conduta quanto da omissão ou retardo de deveres secundários de prestação. A inutilidade da prestação se verifica "quando há previsão de termo essencial (expressamente ajustado ou decorrente da natureza da obrigação) e a mora do devedor já se afigura inevitável ou quando, em contrato bilateral, a mora repercute no *equilíbrio* entre as prestações".[289] Neste último caso, "não é indispensável que a obrigação não tenha qualquer interesse para o credor, o que poucas vezes ocorrerá; basta apenas que não tenha já interesse no cumprimento (recíproco) do contrato bilateral, isto é, na troca de prestações".[290] Caso emblemático é o do construtor que retarda sobremaneira a obra, prejudicando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de compra e venda de unidade imobiliária em construção.

O suporte fático subjetivo, por seu turno, reside na culpa do devedor. Isso porque, tornando-se impossível a prestação antes do termo por fato não imputável ao devedor, não há que se falar em inadimplemento anterior ao termo, pois "a impossibilidade inimputável extingue *ipso jure* a relação obrigacional".[291]

Como já explicitado, o inadimplemento anterior ao termo não deve ser confundido com as situações de risco de descumprimento. Apesar da não configuração da impossibilidade ou da inutilidade, total ou parcialmente, da prestação, isto é, ante a ausência de inadimplemento absoluto ou mora, podem ocorrer situações de alta probabilidade de estes se verificarem no futuro. Ademais, diversamente do suporte

---

[287] CC/2002: "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."

[288] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v. II, cit., p. 51.

[289] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 272 e ss.. Exemplo de inutilidade quando há termo essencial é o caso da costureira que, após ter sido contratada para a confecção de um vestido de noiva, assume diversos outros compromissos que inviabilizam a entrega na data ajustada.

[290] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 179.

[291] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 182.

fático subjetivo exigido para a configuração do inadimplemento anterior ao termo, o risco de descumprimento não carece da culpa do devedor, podendo ser objetivamente apreciada a situação de risco.

Importa, ainda, não confundir o inadimplemento anterior ao termo ou o risco de descumprimento com o vencimento antecipado da dívida, previsto no artigo 333 do Código Civil para as hipóteses de significativa diminuição da possibilidade de recebimento da prestação motivada pela falência ou insolvência do devedor, ou por concurso de credores ou, ainda, pela insuficiência das garantias oferecidas.

Postas as premissas necessárias à configuração do inadimplemento anterior ao termo, cabe enfrentar o problema do inadimplemento anterior à condição suspensiva, brevemente aludida com referência ao artigo 234 do Código Civil em vigor. Afirma-se que tal seria uma outra espécie do gênero inadimplemento antecipado, podendo ocorrer, não obstante a suspensão da eficácia do contrato pela condição, nas hipóteses em que o contratante deixe de zelar pelo bem negociado, destruindo-o, danificando-o ou alterando as suas qualidades originárias, ou incida sobre o evento condicionante, futuro e incerto, deixando de remover obstáculos ou praticando atos que interferem na sua concretização.[292] De fato, aquele que se obriga a transferir um direito sob condição suspensiva, ou que adquire um direito sob condição resolutiva, tem o dever de não impedir a verificação da condição, não podendo frustrar ou obstar a realização do evento ou fazer com que se produza o fato previsto que, normalmente, não teria ocorrido.[293]

Primeiramente, a expressão "inadimplemento antecipado" há de ser adotada com reservas, devendo-se ter sempre presente que é de inadimplemento *atual* que se trata. Ademais, pode levar a crer, equivocadamente, na existência de uma expectativa dos contratantes de inadimplemento futuro, quando, na realidade, o que se espera numa relação contratual é o adimplemento. No entanto, adere-se neste trabalho a tal expressão, largamente utilizada pela doutrina nacional e estrangeira.

Atribui-se igualmente à boa-fé objetiva a matriz dos deveres de conduta cujo descumprimento pode ensejar o inadimplemento anterior à condição. Com efeito, é justamente a dimensão funcional, teleológica e dinâmica da relação obrigacional que permite aproximar ambas as espécies de inadimplemento antecipado. E, tendo em vista

---

[292] Para um aprofundado estudo sobre o inadimplemento antecipado inclusive anterior à condição suspensiva, cf. PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 158 e ss..

[293] VELOSO, Zeno, *Condição, termo e encargo*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 62.

tal alargada dimensão, as possibilidades de configuração do inadimplemento em contratos sujeitos a condição suspensiva mostra-se demasiadamente restrita se considerada apenas a hipótese constante do artigo 234 do Código Civil, circunscrita à perda da coisa nas obrigações de dar.

Nesse sentido, observa Vicenzo Putortì que a cláusula de boa-fé, por um lado, permite qualificar como inadimplemento o comportamento da parte que, reduzindo as chances de concretização da condição, tenha modificado a perspectiva do regulamento de interesses, e permite, por outro, aplicar contra tal comportamento os remédios comumente previstos para o inadimplemento.[294] O autor ressalta, contudo, a imprescindibilidade do nexo causal entre o descumprimento do dever de conduta pelo devedor e a não realização do acontecimento futuro que consubstancia a condição, e enfatiza a importância de se demonstrar não que o evento condicionante *certamente* se verificaria, mas que a sua realização era ao menos prevista. Desse modo, citando jurisprudência da Corte de Cassação italiana, assevera Putortì que "*il comportamento lesivo costituisca la causa non d'un evento dannoso in effetti verificatosi, ma della mancata produzione di un evento, dalla cui verificazione sarebbe derivato un vantaggio non potutosi conseguire*".[295]

A respaldar esse entendimento, além da citada norma contida no artigo 234 do Código Civil, o artigo 129[296] corporifica a boa-fé objetiva ao reputar verificada (ou não) a condição, ficticiamente, para os efeitos jurídicos cabíveis, em desfavor do contratante que tenha interferido no acontecimento. Afirma-se que "a expressão *maliciosamente* [constante do artigo], informada pelo princípio da boa-fé objetiva, adquire novo significado, não já associado ao elemento intencional, mas restrito à culpa (imputabilidade da conduta ao agente)"[297], bastando que o ato de quem obsta a ocorrência da condição seja voluntário.

Embora uma releitura do artigo 129 já sinalize para uma tutela mais ampla do contratante lesado pela violação de dever de conduta em negócio sob condição suspensiva, percebe-se claramente que tal norma, assim como aquela constante do artigo 234, estabelece efeitos jurídicos ainda bastante limitados. Ora, a mera presunção

---

[294] PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 158 e ss..
[295] PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 190.
[296] CC/2002: "Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento."
[297] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 258.

de ocorrrência da condição, para tornar plenamente eficaz o contrato, pode não ser a solução mais adequada ou suficiente para a consecução da prestação devida e do resultado útil programado, inviabilizando a satisfação do interesse do credor. Por outro lado, a resolução do contrato, prevista no artigo 234, pode ser solução precipitada, receio que vale não apenas para as obrigações de dar coisa certa, mas também para as demais espécies, uma vez que ora se defende uma alargada aplicação da figura do inadimplemento antecipado. Especialmente no tocante às obrigações de dar coisa, importa notar que poderá existir controvérsia sobre a própria perda da coisa ou simplesmente sobre os efeitos da perda, que não necessariamente traduzem a impossibilidade de cumprimento ou lesão definitiva do interesse do credor. É o que se verifica, por exemplo, na hipótese de ser a coisa fungível ou de o credor interessar-se por outra coisa de que o devedor disponha, para a realização do resultado útil pretendido.

Diversos efeitos jurídicos podem resultar do inadimplemento anterior ao termo e do risco de descumprimento, a exemplo da execução específica, da resolução e da indenização por perdas e danos. Mas o que releva destacar, por ora, são os efeitos que podem acarretar o uso de remédios de autotutela, a exemplo das figuras da exceção de contrato não cumprido, da exceção de suspensão por risco de descumprimento, da retenção e da cláusula resolutiva expressa, que serão no capítulo seguinte melhor conectadas às noções até então expendidas, afetas ao inadimplemento em suas variadas e renovadas modalidades.

As transformações até aqui apresentadas, passando pelas renovadas concepções de inadimplemento absoluto e mora, de mora nas obrigações negativas, de inadimplemento por descumprimento de deveres de proteção e de inadimplemento antecipado oferecem um amplo espectro de possibilidades de ocorrência de inadimplemento e, por conseguinte, de lesões a interesses juridicamente protegidos no âmbito das relações contratuais. Os meios de reação a tais lesões, por seu turno, conformando um sistema de remédios flexível e sensível aos interesses envolvidos, serão analisados no capítulo seguinte, que enfocará especificamente os instrumentos de autotutela e sua vocação expansiva.

Por ora, cabe ainda atentar para uma outra transformação experimentada pelo inadimplemento, diretamente decorrente da perspectiva funcional do adimplemento, mas que, diversamente das demais transformações já vistas, não serve tanto para

justificar uma expansão da autotutela, mas, ao contrário, para restringi-la, informando o seu controle segundo os princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso. Trata-se do inadimplemento mínimo.

2.3.5 A substancialidade do adimplemento e o inadimplemento mínimo.

Pode-se dizer que, se o conceito de adimplemento ampliou-se pela incidência dos deveres de conduta na concreta relação obrigacional, o descumprimento apenas formal da prestação devida, sem afetar o seu resultado útil programado, torna abusivo o exercício pelo credor do direito potestativo de resolução contratual ou da exceção de contrato não cumprido.[298] Em tal sentido, pondera Anderson Schreiber:

> Da mesma forma que o cumprimento meramente estrutural da prestação principal não configura adimplemento, exigindo uma análise mais atenta à função concreta do negócio celebrado, a inadequação formal do comportamento do devedor ao débito, tal como estruturalmente definido pelas partes, não ensejará inadimplemento, desde que atendido o escopo especificamente perseguido pelas partes com a constituição do vínculo obrigacional.[299]

Assim, diante da realização do resultado útil programado, mesmo ocorrendo inadimplemento, este será considerado mínimo, determinando a adoção de remédios menos incisivos na relação contratual[300], a exemplo da execução específica da obrigação inadimplida ou da reparação de perdas e danos. A teoria do adimplemento substancial propõe, em tais termos, a necessidade de se avaliar a gravidade do inadimplemento, a fim de que a patologia contratual seja remediada proporcionalmente à importância da lesão ao interesse do credor. Além da proporcionalidade, os princípios da vedação ao abuso e da conservação dos negócios jurídicos devem ser atuados, especialmente tratando-se de relações sinalagmáticas, cujo equilíbrio entre as prestações

---

[298] A propósito, assevera AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, cit., p. 248: "A segunda principal função do princípio da boa-fé é limitadora: veda ou pune o exercício do direito subjetivo, quando caracterizar abuso da posição jurídica. O exemplo mais significativo é o da proibição do exercício de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção de contrato não cumprido, quando o cumprimento é insignificante, em relação ao contrato total. O princípio do adimplemento substancial, derivado da boa-fé, exclui a incidência da regra legal que permite a resolução quando não observada a integridade do adimplemento."

[299] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 17.

[300] Como observou CARNEIRO, Athos Gusmão, Ação de Rescisão Contratual – Doutrina da Gravidade Suficiente do Inadimplemento – Faculdade Discricionária do Juiz, in *Revista Forense*, vol. 329, 1995, p. 177, "sopesando as circunstâncias do caso concreto, impende ponderar se o alegado inadimplemento, ou melhor, o alegado adimplemento irregular, apresentaria gravidade suficiente a justificar o remédio extremo da resolução (...)."

correspectivas não tenha sido abalado pelo descumprimento parcial.[301] Tais princípios, diretamente aplicáveis em qualquer relação obrigacional, justificam a aplicação da teoria do adimplemento substancial no ordenamento brasileiro, não obstante o silêncio do legislador a respeito.

A noção de adimplemento substancial indica que o descumprimento parcial pode não traduzir o inadimplemento absoluto da prestação devida, hipótese em que não se lhe pode aplicar o efeito típico daquela modalidade de inadimplemento. É, em suma, o próprio conceito de inadimplemento absoluto que tal noção reafirma, no sentido de descumprimento que impossibilita a prestação devida para o devedor ou a inutiliza para o credor, sugerindo a qualificação do descumprimento de pouca importância como mora do devedor, "no âmbito da qual também deve ser sopesada a compatibilidade entre a gravidade do descumprimento e os efeitos decorrentes do inadimplemento relativo".[302]

Inspirada na *substancial performance* do direito anglo-saxônico, a teoria do adimplemento substancial encontra-se prevista em diversas codificações[303] e na Convenção de Viena de 1980, que, ao tratar da compra e venda internacional de mercadorias, em seus artigos 49 e 64, exige a "violação fundamental do contrato", assim compreendida, nos termos de seu artigo 25, aquela que "causa à outra parte um prejuízo tal que prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu este resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto".

A dificuldade maior na aplicação da teoria em comento diz respeito ao tipo de abordagem que deve ser realizada para a aferição da substancialidade do adimplemento ou, *a contrario sensu*, da insignificância do inadimplemento. Tem prevalecido nas cortes brasileiras uma abordagem estritamente quantitativa, atrelada a um determinado número de parcelas pagas ou a um dado percentual, critérios nitidamente variáveis e até mesmo subjetivos. Justamente por isso é que, com razão, sugere-se uma análise qualitativa, à luz da concepção funcional de adimplemento, que pemita avaliar se, mesmo em face do cumprimento imperfeito ou do descumprimento parcial ou "de parte mínima"[304], foi realizado o resultado útil programado, restando cumprida a função do

---

[301] NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, cit., p. 145.
[302] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 94.
[303] Um exemplo é a codificação italiana, que, em seu artigo 1.455 assim dispõe: "*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti há scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.*"
[304] A expressão é de ASSIS, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 134, referindo-se a uma "discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado".

negócio celebrado.[305] Evidentemente, não sendo pleno o adimplemento, mas substancial, também não há plena satisfação do interesse do credor, mas satisfação suficiente tendo em vista o resultado útil obtido. Coloca-se, neste particular, uma necessária ponderação de interesses, confrontando-se "i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução".[306] Nessa linha, Judith Martins-Costa também advoga a importância da ponderação e observa, ante o exame dos casos concretos já julgados pela jurisprudência brasileira, "que a doutrina do adimplemento substancial sinaliza uma ponderação de bens, de interesses jurídicos: entre o interesse do credor em ver cumprida a prestação exatamente como pactuada, e o interesse do devedor em evitar o drástico remédio resolutivo, prevalece o segundo".[307] O entendimento da autora, no entanto, merece ser temperado tendo em vista a necessidade de se realizar a ponderação sempre em concreto, mormente devido à impossibilidade de se aferir o resultado útil obtido no plano abstrato.

Em tais termos, a teoria do adimplemento substancial tem sua relevância e aplicabilidade ampliadas, indo além de mero obstáculo do exercício abusivo do direito de resolução contratual, para permitir o controle judicial de legitimidade dos diversos remédios cabíveis em reação à lesão pelo inadimplemento[308], inclusive os de autotutela.

Compreendida, assim, a patologia contratual que constitui o objeto central deste trabalho, já é possível adentrar as especificidades dos instrumentos de autotutela, especialmente com o propósito de demonstrar a sua vocação expansiva.

---

[305] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 20.
[306] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 22.
[307] MARTINS-COSTA, Judith, A boa-fé e o adimplemento das obrigações, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 25, p. 265.
[308] Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 22, e TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 95.

3 ESTRUTURA, FUNÇÃO E POTENCIALIDADES EXPANSIVAS DOS INSTRUMENTOS DE AUTOTUTELA CONTRATUAL PELO INADIMPLEMENTO.

Com o objetivo de compreender a operatividade, a vocação expansiva e as condicionantes da autotutela constitucionalizada no âmbito contratual, enquanto expressão da autonomia privada, e tomando-se como ponto de partida a classificação dos instrumentos de autotutela segundo Lina Geri[309], serão primeiramente analisados, em sua estrutura e função, os "remédios" com função conservativo-cautelar, especialmente as exceções de contrato não cumprido e a retenção.

3.1 Autotutela contratual com função conservativo-cautelar.

3.1.1 As exceções de contrato não cumprido entre antigos e novos contornos.

Não obstante sua formulação latina, a *exceptio non adimpleti contractus* não teve origem no direito romano, onde a *exceptio doli* desempenhava função similar, porém não restrita aos contratos sinalagmáticos. A figura foi efetivamente criada pelos canonistas, por força das considerações morais que os inspiravam, e pelos pós-glosadores, que a conceberam como espécie de exceção processual. Posteriormente, Domat e Pothier generalizaram a exceção em matéria de contratos sinalagmáticos, apesar de não ter sido inserida no *Code* uma norma geral a respeito.[310] Coube à juriprudência francesa definir, a partir de disposições esparsas, as condições e os efeitos da exceção. Diversamente, o código civil alemão a estabeleceu em norma expressa, como ilustração do princípio da boa-fé que deve presidir a execução dos contratos, e especialmente a execução trato por trato (*Erfülung Zug und Zug*).[311] Na mesma trilha,

---

[309] A respectiva sistematização dos instrumentos de autotutela, especialmente segundo a função, foi exposta no primeiro capítulo. Neste trabalho, em lugar da expressão "função repristinatória", adota-se "função resolutiva".

[310] TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, 9. ed., Paris, Dalloz, 2005, p. 624.

[311] "*Title 2 / Reciprocal contracts / Section 320 / Defence of unperformed contract*

(1) A person who is a party to a reciprocal contract may refuse his part of the performance until the other party renders consideration, unless he is obliged to perform in advance. If performance is to be made to more than one person, an individual person may be refused the part performance due to him until the complete consideration has been rendered. The provision of section 273 (3) does not apply.

(2) If one party has performed in part, consideration may not be refused to the extent that refusal, in the circumstances, in particular because the part in arrears is relatively trivial, would be bad faith." Tradução do alemão para o inglês obtida em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ englisch_bgb.html>, acessado em 03/07/2010.

os códigos civis italiano e português, seguidos pelo brasileiro, disciplinaram expressamente a exceção como regra geral aplicável aos contratos bilaterais.

Sabe-se que o descumprimento de uma obrigação pactuada instaura uma patologia na relação obrigacional, risco que os contratantes são chamados a enfrentar mediante recurso a diversos mecanismos cuja finalidade precípua é a proteção efetiva do crédito. O sistema de garantias serve a este mister, abrangendo a garantia geral, representada pelo patrimônio do devedor, e as garantias especiais, pessoais ou reais, que importam um reforço qualitativo da massa patrimonial, caracterizadas pela adicionalidade. Ocorre que nenhuma garantia elimina por completo o risco do descumprimento. Todavia, a exceção de contrato não cumprido, ao impedir o sacrifício patrimonial do credor, acaba por atuar de forma eficaz e *a priori*, ao passo que as garantias especiais somente atuam *a posteriori*, já na recuperação do crédito.[312]

É justamente esse modo de atuar, neutralizando os efeitos do descumprimento da obrigação, que permite atribuir à exceção uma função de garantia, mas não de uma garantia especial em sentido técnico, por faltar-lhe as características da adicionalidade e da acessoriedade, mas de uma garantia indireta, em sentido amplo.[313] Além da referida função, a exceção também desempenha outra, que é a de estimular o "cumprimento integral do contrato"[314], o que significa dizer que, antes de ser um meio de extinção dos contratos, conclusão a que seu enquadramento sistemático no Capítulo II, Título V, Livro I do Código Civil poderia equivocadamente levar a crer, a exceção é instrumento *diretamente* destinado a defender o credor (o que justifica o seu enquadramento entre os remédios de autotutela com função conservativo-cautelar) e, apenas *indiretamente*, a compelir o devedor a adimplir a prestação devida. Noutros termos, a exceção consubstancia verdadeiro "direito a não cumprir" que, muitas vezes, pode ser mais eficaz para o excipiente e menos prejudicial para o excepto[315], revelando-se uma alternativa aos remédios da execução específica, da resolução e da indenização.

---

[312] KHOURI, Paulo R. Roque A., A exceção de contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro, *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 31, n. 94, p. 203-317, jun./2004, p. 305.

[313] É a posição de CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 336, de GOMES, Orlando, *Obrigações*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 227, e de KHOURI, Paulo R. Roque A., A exceção de contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro, cit., p. 306.

[314] ABRANTES, João José, A *excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 199.

[315] A constatação é de Vitor BUTRUCE, *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro: funções, pressupostos e limites de um "direito a não cumprir"*, Dissertação de Mestrado, Rio de Janeiro, UERJ, p. 213.

Esta segunda função não é, entretanto, função inarredável da exceção, pelo que se entende, divergindo de posições em sentido contrário[316], que o remédio é aplicável tanto nas hipóteses de inadimplemento absoluto quanto de mora. No primeiro caso, a exceção desempenha estritamente a função de defesa e garantia do credor, com propósito eminentemente conservativo-cautelar, a que se ligam seus efeitos essenciais.[317] Assume, portanto, a posição de remédio preparatório da futura resolução contratual, aspecto que também denota a vocação expansiva da figura.

É assente na doutrina a admissibilidade da *exceptio* estritamente nos contratos sinalagmáticos, ou seja, caracterizados por obrigações recíprocas e interdependentes, assim ligadas por um nexo de correspectividade. Disso resulta a exclusão da exceção nos negócios jurídicos e contratos unilaterais. Com freqüência, remete-se a figura à noção de causa contratual, segundo a qual, nos contratos sinalagmáticos, a obrigação de uma das partes tem por causa a obrigação da outra, de tal modo que, se a obrigação de uma não é executada, qualquer que seja o motivo, a obrigação da outra se torna sem causa. A causa não seria propriamente a obrigação, mas a execução da obrigação.[318] Não obstante a sua utilidade para a compreensão do que seja um contrato sinalagmático, observa-se que a referência à teoria contratual da causa não tem por efeito limitar a aplicação da exceção. Isso porque o remédio é admitido em quaisquer relações sinalagmáticas, abrangendo aquelas que não nascem diretamente do contrato, como as restituições recíprocas devidas em razão de eventual nulidade ou resolução do contrato.[319] Neste particular, a segunda função atribuída à *exceptio*, de estimular o "cumprimento integral do contrato", é mitigada ante à extinção do vínculo sem alcance

---

[316] Nesse sentido, cf. ABRANTES, João José, *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, cit., p. 86. Segundo o autor, "para que a *exceptio* possa actuar, necessário é que esse incumprimento não seja definitivo, isto é, no molde a impossibilitar a posterior execução (por a prestação se ter tornado material ou juridicamente impossível ou ter perdido o interesse para o credor), mas que seja apenas um incumprimento que, atento o interesse do credor, não impeça a futura realização da prestação prometida, porque esta é ainda possível e o credor continua a ter interesse nela. A excepção apenas pode ser invocada perante uma situação de incumprimento não definitivo."

[317] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 284. Segundo o autor, "por isso que a função da exceptio n. ad. cont. consiste unicamente em paralisar a ação do exceto, a sua viabilidade independe da natureza do inadimplemento do autor. Assim ela é oponível, quer se trate de um inadimplemento absoluto, total ou parcial, quer se cogite de um simples inadimplemento-mora."

[318] TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 626.

[319] TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 626. Também FABRE-MAGNAN, Muriel, *Les obligations*, Paris, PUF, 2004, p. 556, observa: "*La réciprocité vaut dès lors que les obligations ont la même source, même si elles ne sont pas toutes contenues dans le contrat, mais résultent par exemple de la nullité ou de la résolution de celui-ci (par exemple une obligation de restitution). Il est inutile, pour expliquer le mécanisme, de recourir à la théorie de la cause. Cette dernière s'explique aussi par l'interdépendance des obligations réciproques, mais l'inverse n'est pas nécessaire, c'est-à-dire que tout mécanisme qui reflète l'interdépendance d'obligations réciproques n'est pas une application de la cause.*"

de sua função e do resultado útil programado, mas o exercício da exceção ao menos permite ao credor uma defesa em face do devedor, indiretamente compelindo-o a satisfazer um dever ou uma prestação nascida por força da extinção do contrato.

Além da sinalagmaticidade, noção que será melhor aprofundada no tópico seguinte, constitui igualmente pressuposto da exceção a simultaneidade das obrigações ou, nas hipóteses de obrigações sucessivas, o seu exercício pelo contratante que deva prestar em segundo lugar. Mas, contrariamente à orientação tradicional da doutrina, a simultaneidade não é um requisito imprescindível, uma vez que se admite o remédio também em favor do contratante que deve prestar em primeiro lugar, como ocorre nas hipóteses de inadimplemento antecipado e de risco de descumprimento.

Nas hipóteses de risco de descumprimento uma específica modalidade de exceção mostra-se aplicável, isto é, a exceção de suspensão, também chamada exceção de inseguridade[320] ou de segurança, prevista no artigo 477 do Código Civil. Trata-se igualmente de exceção substancial e não corresponde a qualquer espécie de pretensão à antecipação da contraprestação ou à caução, eis que é ao outro contratante que cabe escolher entre uma e outra medida.[321] Tendo em vista seu enquadramento sistemático na Seção que disciplina a exceção de contrato não cumprido, ao lado da figura em sentido estrito, decorrente de inadimplemento consumado, a exceção pelo risco de descumprimento é neste trabalho designada como espécie do gênero exceção de contrato não cumprido em sentido lato.

Não obstante as diferenças atinentes às circunstâncias fáticas que ensejam uma e outra figura, permitindo conformar estruturas diversas, a sua identificação como espécies do mesmo gênero deve-se à função conservativo-cautelar comum que precipuamente desempenham, mais especificamente de garantia do credor, e, reflexamente, de "coação psicológica indireta"[322] do devedor.

Outro requisito da exceção de contrato não cumprido é a inexecução (ou o risco de inexecução) da prestação correspectiva, seja em decorrência de inadimplemento (inexecução imputável) ou de força maior, seja total ou parcial.[323] A título de exemplo, sobretudo nas hipóteses de risco de descumprimento, não raro a mudança patrimonial *in peius* é ocasionada por fatores absolutamente alheios à conduta do devedor. A

---

[320] A expressão é de PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, 3. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 109.
[321] PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, cit., p. 109.
[322] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 73.
[323] TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 628.

inimputabilidade da inexecução, portanto, não impede o exercício das exceções, mas pode inviabilizar o recurso a outros remédios contratuais, tais como a execução específica ou a reparação de perdas e danos. Por isso, com razão sustenta Serpa Lopes que os elementos dolo e culpa não são essenciais à oposição da *exceptio non adimpleti contractus*.[324] O que importa, portanto, não é tanto a imputabilidade da conduta do devedor, mas a não satisfação do interesse[325] do credor em razão da inexecução da prestação devida, aspecto que confirma ser a *exceptio* remédio decorrente não apenas do inadimplemento, mas da inexecução contratual amplamente considerada.

A questão remete a uma outra, ou seja, à da aplicabilidade da exceção relativamente aos vícios redibitórios, que independem da culpa ou do dolo do devedor, embora estes elementos subjetivos até possam existir, ocasionando, além das ações redibitória ou *quanti minoris*, também responsabilidade por perdas e danos. O entendimento de que o requisito da *exceptio* é a inexecução da prestação, seja ela imputável ou não ao devedor, favorece o entendimento de que tal remédio aplica-se também quando a inexecução resulte de vício que possa prejudicar, total ou parcialmente, a utilidade da coisa.

Não fosse essa a solução aplicável, estar-se-ia negando, injustificadamente, uma forma de atuação da autotutela, conferindo tratamento diverso a similares lesões de interesses. Seria, portanto, desprovida de qualquer fundamento a vedação da *exceptio* em caso de vício e, lado outro, a sua admissibilidade diante de casos fortuitos. Igualmente injustificada seria a não aplicação da exceção em caso de vício dolosamente ocultado pelo contratante e a sua aplicação em caso de defeito por falha na execução do contrato. Nesse sentido, ainda assevera Serpa Lopes: "(...) é claro que quer no vício intrínseco da coisa, ou vício redibitório, quer no defeito da coisa em face daquilo que se prometeu no contrato, de qualquer modo, entendemos possível a oposição da exc. n. ad. contractus".[326]

---

[324] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 284. No mesmo sentido, cf. ABRANTES, João José, *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, cit., p. 88, para quem "a exceção de contrato não cumprido não pressupõe a culpa do devedor da contraprestação no seu atraso. A inexecução por parte deste pode ser-lhe imputável ou não, isto é, tanto pode ele constituir-se em mora (art. 804/2) como não. Ainda que o incumprimento lhe não seja imputável, antes obedeça a circunstâncias fortuitas, independente da vontade, a excepção é invocável pelo outro contratante."

[325] É o entendimento de Lina Bigliazzi GERI, *Profili sistematici...*, II, cit., p. 37.

[326] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 299.

Observa-se, no entanto, em decorrência do imperativo da boa-fé no desempenho da relação obrigacional, a necessidade de prévia denúncia do vício para que seja legítimo o exercício da *exceptio*, de modo que o outro contratante tenha conhecimento do fato que a enseja.[327]

Uma outra característica geral diz respeito à oponibilidade da exceção de contrato não cumprido em relação a terceiros. O sentido de terceiro, neste ponto, diz respeito aos "não contratantes que ingressam na relação contratual e assumem, no todo ou em parte, os direitos e as obrigações de um dos contratantes, e sobre os quais e contra os quais a *exc. n. ad. contractus* pode exercer os seus efeitos próprios".[328] Sobre a *exceptio* relativamente a terceiros não participantes da mesma relação contratual, as possibilidades de utilização da figura serão analisadas mais adiante.

Traçadas as características gerais das exceções de contrato não cumprido, importa desenvolver, visando aos objetivos do presente trabalho, os pontos em que tal remédio de autotutela revela sua vocação expansiva dentro de um renovado direito das obrigações.

3.1.1.1 A expansão decorrente da ampliação da noção de sinalagma contratual devido à perspectiva funcional do adimplemento.

Como visto no segundo capítulo, sob uma perspectiva funcional, ampliou-se a noção de adimplemento, compreendido como satisfação da *prestação devida*, a abranger tanto deveres primários e secundários de prestação quanto deveres de conduta, inclusive de proteção, ligados à execução do contrato, com vistas à realização dos interesses concretos dos contratantes, especialmente os do credor, mediante a consecução do resultado útil programado. Em decorrência, a própria estrutura da obrigação modificou-se, ante o alargamento de seu respectivo objeto, a prestação. Tal fenômeno teve repercussão no conceito de inadimplemento, uma vez ampliadas as suas possibilidades de configuração para além do simples descumprimento da prestação principal.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o que tradicionalmente se chama de prestação principal deve ser funcionalmente compreendido como *prestação devida*, em

[327] PERSICO, Giovanni, *L'eccezione d' inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 300.

[328] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 317. Segundo o autor, "como terceiros, interessando ao presente problema, podemos considerar os casos de delegação, expromissão, cessão de crédito, cessão de contrato, ação subrogatória, a fiança e os contratos a favor de terceiros."

sentido amplo. Depreende-se, assim, uma transformação estrutural, guiada pela atribuição de função ao objeto, não só da obrigação, mas igualmente do contrato, que é fonte daquela, seja ele bilateral ou unilateral. Tratando-se de contrato bilateral, haverá ao menos duas *prestações devidas*, recíprocas e dependentes, entre dois centros de interesses (sujeitos) atuando concomitantemente como credor e devedor.

O reconhecimento, portanto, de uma função ao objeto da obrigação, aliado à incidência da boa-fé objetiva e ao imperativo da confiança negocial, impacta na noção de bilateralidade, ampliando o sinalagma contratual. De fato, com razão se afirma que a boa-fé objetiva, como expressão do princípio constitucional da solidariedade, valoriza os interesses legítimos que levam cada uma das partes a contratar, e assim o direito passa a valorizar, igualmente e de forma renovada, o nexo entre as prestações, sua interdependência, isto é, o sinalagma contratual.[329]

Como também já se sustentou, o que realmente importa para a compreensão e configuração do inadimplemento não é tanto a espécie de dever descumprido, se primário, secundário ou de conduta, se principal ou acessório, mas, sim, o efeito de seu descumprimento sobre a possibilidade de consecução do resultado útil que a *prestação devida* tem em mira.

Aprimoram-se, nesse contexto, os dois requisitos fundamentais para o exercício da exceção de contrato não cumprido: (i) a inexecução da *prestação devida*; (ii) que a *prestação devida* não executada seja *correspectiva* à prestação (devida) que se suspende. Tal se aplica para a exceção propriamente dita, prevista no artigo 476 para as hipóteses de inexecução ou inadimplemento consumados. Para a exceção prevista no artigo 477, basta o risco de inexecução.

Tendo em vista o segundo requisito indicado, a exceção de contrato não cumprido é remédio de autotutela aplicável aos contratos bilaterais. Mas a noção de bilateralidade pode assumir diversos significados e, por isso, merece aprofundamento. Segundo Celina Bodin,

> (...) usa-se o termo 'bilateralidade' para designar três diversas noções: na classificação do negócio quanto à sua formação e na classificação quanto aos seus efeitos, onde desdobra-se em bilateralidade quanto às obrigações e quanto às prestações.
>
> Com relação à primeira classificação, o contrato pode ser bilateral ou plurilateral, isto é, exige o acordo de duas ou mais pessoas para a sua formação.

[329] MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no código de defesa do consumidor*, 4. ed, São Paulo, RT, 2002, p. 241.

> Quanto à bilateralidade das obrigações, faz-se necessário ressaltar que a moderna doutrina entende os contratos como sendo sempre bilaterais. De fato, de todo e qualquer contrato surgem efeitos, vínculos jurídicos para as partes, além dos deveres gerais de boa-fé, de diligência e de cooperação. (...)
> Quanto ao terceiro aspecto, que é o que releva para o que se deseja afirmar, é que os contratos podem conter prestações correspectivas (ou bilaterais), como a compra e venda, e prestação a cargo de uma só parte (ou unilaterais), como o comodato.[330]

Como esclarece a citada autora, diante da insatisfatória definição, pelo *Code Napoléon*, de bilateralidade como existência de obrigações recíprocas, passou-se a exigir para o exercício da exceção que as obrigações recíprocas também sejam principais e correlatas, de modo que entre elas haja um nexo de causalidade ou de funcionalidade, no sentido de que "uma é a razão jurídica da outra".[331] Este nexo de causalidade ou de funcionalidade costuma-se designar de sinalagma contratual[332] ou correspectividade. Como esclarece Ricardo Pereira Lira, "o sinalagma pode ser genético ou funcional, segundo se considere, no primeiro caso, o momento da formação do contrato, no segundo caso, a vida de relação nascida do contrato". [333]

O significado de correspectividade é objeto de acirradas discussões na doutrina. Tomando-se como ponto de partida o ordenamento italiano, onde o referido termo consta expressamente da norma que disciplina a *exceptio*[334], há desde quem o entende em sentido estrito, ou seja, como nexo *entre os resultados* típicos reciprocamente pretendidos pelas partes a título de "pagamento"[335], bem como quem o entende em sentido mais amplo, como "interdependência" que envolve todos os deveres ligados, ainda que indiretamente, à consecução daqueles resultados correspectivos, com exclusão apenas dos deveres que eventualmente surjam no curso da execução do contrato e que não sejam preordenados àqueles resultados, tal como o dever de indenizar despesas e danos à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante[336]; enfim, há

---

[330] MORAES, Maria Celina Bodin de, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro, *Revista Forense*, n. 309, Rio de Janeiro, Forense, jan./mar. 1990, p. 41.

[331] MORAES, Maria Celina Bodin de, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro, cit., p. 40.

[332] Segundo Gernhuber *apud* MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no código de defesa do consumidor,* cit., p. 240, "sinalagma é um elemento imanente estrutural do contrato, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações co-respectivas, é o nexo-final que oriundo da vontade das partes é moldado pela lei."

[333] LIRA, Ricardo Pereira, A Onerosidade excessiva nos contratos, *Revista de Direito Administrativo*, n. 159, Rio de Janeiro, jan./mar. 1985, p. 10.

[334] "*Art. 1460. Eccezione d'inadempimento / Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (1565).*
Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede (1375)."

[335] PERSICO, Giovanni, *L'eccezione d' inadempimento*, cit., p. 29.

[336] REALMONTE, Eccezione di inadempimento, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, p. 222 e ss..

ainda quem entende a correspectividade com máxima amplitude, admitindo a aplicação da *exceptio* pelo descumprimento de todos os deveres que sejam concretamente objeto do contrato, quer se trate de contratos com prestações correspectivas, quer se trate de contratos com prestações a cargo de uma só parte.[337]

Comentando o segundo posicionamento, sustenta Lina Geri que a noção de "interdependência", inicialmente concebida em contraposição àquela de correspectividade (para admitir que o nexo de funcionalidade também pudesse se estabelecer com deveres apenas indiretamente ligados aos resultados pretendidos com as prestações principais), na verdade agrega-se a ela, consentindo uma maior extensão do âmbito de operatividade da exceção, e de outros remédios ditos sinalagmáticos. Assim, sustenta a autora:

> (...) *l'enucleazione di una nozione di "interdipendenza" da contrapporre, ai fini e nel senso indicati, a quella di "corrispettività" appare francamente superflua, qualora si tenga, invece, presente che la maggior parte delle "obbligazioni" e dei "doveri" suddetti (quando non si esariscano in puri e semplici oneri) anziché figure più o meno accessorie o strumentali con autonomia di contenuto e di oggetto, rappresentano momenti particolari dell'obbligazione, il cui contenuto (unitario) si determina in vari sensi ed in varie direzioni attesa la particolare natura del'unica prestazione alla quale il soggetto è, di volta in volta, tenuto. Tutto ciò, ovviamente, sul presupposto di una nozione unitaria di prestazione, considerata – oltre che nella fase statica, in quella dinamica (di attuazione) del rapporto obbligatorio, rispetto alla quale quei rimedi sono, del resto, destinati ad operare – e sotto il profilo del risultato finale cui tendono le parti, e quale comportamente comprendente, altresì, "tutte le attività, che, anche se non esplicitamente dedotte in obligatione, appaiono indissolubilmente concatenate in funzione" di quel risultato.*[338]

Tendo em vista as ponderações da citada autora, e o já afirmado no tocante à perspectiva funcional do adimplemento como cumprimento da *prestação devida*, em sentido amplo, do que resulta a realização dos concretos interesses envolvidos, uma primeira conclusão acerca da noção de correspectividade é possível extrair, qual seja, a de que ela absorve a noção de interdependência entre todos e quaisquer deveres cujo descumprimento possa, direta ou indiretamente, prejudicar o resultado útil programado.

Outro ponto deve ser ainda enfrentado. Na medida em que a prestação devida volta-se para o resultado útil programado, e que tal resultado útil correlaciona-se, ao menos no campo contratual, a uma atribuição patrimonial (haja vista que a patrimonialidade é elemento inarredável do conceito de prestação, ainda que o interesse subjacente não seja patrimonial, como se sustentou no segundo capítulo), o significado

---

[337] RESTA *apud* GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici...*, II, cit., p. 16.
[338] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici...*, II, cit., p. 21.

de correspectividade é ainda precisado como "relação de troca entre duas atribuições patrimoniais ligadas a um vínculo de causalidade jurídica"[339], ou como permutação (em sentido jurídico e não estritamente econômico) que comporta uma dúplice transferência de bens ou de serviços atuados mediante um único instrumento contratual[340], ou ainda como "reciprocidade de atribuições e de sacrifícios patrimoniais correlativos".[341] Essa é a característica que permeia os chamados contratos "*in funzione di scambio*" na Itália, e que se revela igualmente útil na experiência brasileira, para uma conceituação técnica de correspectividade, que não permita confundi-la com a mera reciprocidade.

A propósito, ensina Celina Bodin, citando Guido Biscontini, que a correspectividade, no interior de um contrato, "refere-se ao particular nexo que liga indissoluvelmente entre si as prestações contratuais de modo que cada uma é causa da outra. Foi definida como '*scambio in senso giuridico*' e revela a recíproca transferência de bens ou serviços em um único engenho negocial".[342]

Tal entendimento permite sustentar que uma renovada concepção de correspectividade, ao mesmo tempo em que considera fundamental o nexo de interdependência, funcionalidade, sinalagmaticidade ou de causalidade entre as prestações principais, acaba por "equiparar" a estas outras prestações e deveres necessários à consecução do resultado útil, autorizando, portanto, uma aplicação bem mais ampla das exceções de contrato não cumprido e de outros remédios sinalagmáticos. Um exemplo desta ampla aplicação pode ser extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vem consolidando o entendimento de que o lojista pode suspender o pagamento total do preço de compra de loja se o incorporador-administrador do shopping center descumpre cláusula de exclusividade relativa à comercialização de determinado produto.[343]

---

[339] DE SIMONE *apud* GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici*..., II, cit., p. 18.
[340] PINO *apud* GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici*..., II, cit., p. 18.
[341] REALMONTE, Eccezione di inadempimento, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, cit., p. 223.
[342] MORAES, Maria Celina Bodin de, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro, cit., p. 41.
[343] STJ, 3ª Turma, Resp 764.901 - RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 30.10.2006: "COMERCIAL. SHOPPING CENTER. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO PELO LOJISTA (MIX). DESRESPEITO PELO INCORPORADOR-ADMINISTRADOR. DESVIRTUAMENTO DO OBJETO DO CONTRATO (RES SPERATA). PAGAMENTO PARCIAL DO PREÇO DE COMPRA DA LOJA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO ALEGADA PELO LOJISTA. POSSIBILIDADE. ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL/1916 E ART. 476, DO CÓDIGO CIVIL/2002. - O lojista pode deixar de efetuar o pagamento total do preço do contrato de promessa de compra e venda de loja situada em shopping center, se o incorporador-administrador descumpre sua obrigação de respeitar a cláusula de exclusividade na comercialização de determinado produto pelo lojista (mix), permitindo que loja âncora venda o mesmo produto vendido pelo lojista. Trata-se de aplicação do art. 1.092 do Código Civil/1916 (art. 476, do Código Civil atual). - Tratando-se de shopping center, o incorporador-administrador, além de ter a obrigação de entregar a loja num ambiente com

A relação entre causa e correspectividade também merece ser enfrentada, a fim de que não se confundam tais noções. Compreendendo a causa como síntese dos efeitos essenciais do negócio, conceito a que se adere neste trabalho, ressalta ainda Celina Bodin que "tal síntese abrange a maneira – correspectiva ou não – como se interligam aqueles efeitos".[344] A correspectividade, portanto, é um dos índices da causa do contrato e, consequentemente, de sua função, como esclarece a autora:

> A interdependência funcional entre os efeitos essenciais serve, de modo especial, a determinar a função negocial. De fato, observou-se que o nexo de sinalagmaticidade, isto é, a particular coligação jurídica entre os efeitos do contrato, é indice do nexo funcional existente entre os recíprocos interesses contratantes.
> A correspectividade, se não é critério suficiente para a especificação dos contratos ditos unilaterais (porque, nesse caso, o que releva é, exatamente, a sua ausência), coloca-se, nos contratos com prestações correspectivas, como elemento indicador da causa do contrato, na medida em que indica entre quais prestações corre o nexo de sinalagmaticidade, permitindo, desta forma, que se identifiquem os efeitos essenciais em cada tipo.[345]

Assim, a causa não é anterior à correspectividade, mas é determinada por ela. A maneira correspectiva – ou não – como se interligam os efeitos do contrato pode até ser determinada pelo tipo contratual (hipótese em que a causa abstrata já é conhecida), tal como ocorre no contrato de compra e venda, mas também deve ser sempre aferida em cada caso, haja vista a imprescindibilidade de se investigar os efeitos essenciais que os contratantes, em concreto, visam alcançar para a consecução de seus interesses legítimos (causa concreta). Isso porque os contratantes, por força do princípio da autonomia negocial, podem celebrar contratos atípicos, estabelecendo um regulamento de interesses não previsto pelo ordenamento, o qual pode ou não firmar prestações correspectivas.

De tais considerações resulta uma inequívoca constatação: a correspectividade não é rígida, confinada nos limites dos tipos contratuais. Pode ser determinada pelo tipo,

---

características comerciais pré-determinadas no contrato assinado com o lojista (tenant mix), não pode alterar tais características depois de instalado o shopping, isto é, durante todo o período de vigência do contrato entre lojista e empreendedor, sob pena de desvirtuamento do objeto do contrato (res sperata). Recurso especial conhecido e negado provimento." No mesmo sentido, cf. o acórdão precedente, da 4ª Turma, da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp 152.497 – SP, DJ 30.09.2002.

[344] MORAES, Maria Celina Bodin de, A causa dos contratos, cit., p. 112. Exemplifica a autora: "Na compra e venda, por exemplo, considera-se como efeito essencial a obrigação de transferir um direito por um determinado preço. Não obstante, será possível imaginar, por hipótese, um negócio que, em concreto, produza o pagamento de uma soma e a obrigação de transferência de um direito sem que, contudo, deva ser definido como compra e venda porque tais efeitos não estão incindivelmente ligados entre si, em forma correspectiva, e são o resultado, portanto, de uma diversa função prático-jurídica."

[345] MORAES, Maria Celina Bodin de, A causa dos contratos, cit., p. 113.

legal ou social[346] (correspectividade típica), mas também pode ser determinhada pela vontade das partes (correspectividade voluntária).

Tal se afirma tendo em vista que os efeitos essenciais do contrato podem ser: (i) os efeitos mínimos essenciais, determinados pelo tipo e pela normativa especial e geral a ele aplicável (integram a causa abstrata); (ii) os efeitos voluntários, aferidos segundo os interesses concretos dos contratantes e o resultado útil pretendido (integram a causa concreta); (iii) os efeitos decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva, com a sua tríplice função de criar deveres de conduta, nortear a interpretação dos negócios e limitar o exercício abusivo de situações jurídicas subjetivas (integram a causa abstrata e a causa concreta, podendo também incidir independentemente da causa, a exemplo do que se verifica no caso de responsabilidade pós-contratual).

Os efeitos do contrato somente se concretizam com o cumprimento ou com o descumprimento das prestações e deveres, razão pela qual não se confundem com o objeto da obrigação. É preciso, então, primeiro determinar os efeitos essenciais para, depois, identificar-se a causa e, por conseguinte, a função[347] do negócio. Contudo, é importante frisar, a fim de se evitar confusões: a aferição da causa do contrato (ou da falta dela) assume relevância apenas para *justificar* o exercício dos remédios sinalagmáticos, uma vez ocorrida a inexecução. Para o exercício de tais remédios basta, portanto, aferir se há ou não correspectividade.

Em outras palavras, a "correspectividade típica", inferida do tipo legal ou do tipo social, existirá quando, entre os efeitos mínimos essenciais do contrato, estiver a interdependência funcional entre os efeitos decorrentes da execução da *prestação devida* e os efeitos decorrentes da execução da *contraprestação devida*. A

---

[346] É importante lembrar que, mesmo um contrato atípico, no sentido de não ter previsão normativa específica, pode ser típico segundo a consciência social, por referir-se a um interesse social durável e recorrente, hipótese em que os efeitos mínimos essenciais são determinados pelo que Emilio BETTI designou de "*tipicità sociale*", in Causa del negozio giuridico, *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1961, p. 39. É ainda esclarecedora a lição de Maria Celina Bodin de MORAES, in A causa dos contratos, cit., p. 106: "No lugar da rígida tipicidade legislativa, baseada no *numerus clausus* de denominações, como no direito romano, surge uma outra tipicidade, que cumpre o papel de limitar e endereçar a autonomia privada e que atua mediante a utilização de avaliações econômicas e éticas da consciência social; a ela denominou-se *tipicità sociale*."

[347] É importante considerar que uma das utilidades da causa é restringir a autonomia privada, norteando o juízo de merecimento de tutela dos negócios jurídicos conforme cumpram uma função social. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de MORAES, in A causa dos contratos, cit., p. 119, defende que "o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, negócios que esteja sujeitos, tão-somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da 'causalidade negocial'. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio 'não cumpre a sua função social'." Assim, terá o negócio função social enquanto envolver interesses merecedores de tutela, que podem ser privados ou públicos, razão pela qual a função social nem sempre se confunde com um benefício direto à sociedade.

correspectividade típica leva necessariamente em consideração as prestações principais, bem como os demais deveres voltados a assegurar o resultado útil a que aquelas prestações se destinam. Por isso, tal correspectividade efetivamente existe mediante atribuições patrimoniais recíprocas e correlativas (associadas às prestações principais), mas sofreu um inegável alargamento, absorvendo todos os deveres voltados a assegurar os resultados úteis correspectivos.

Mas a correspectividade, como dito, não se esgota na concepção típica. O que ora se designa de "correspectividade voluntária" é justamente o nexo de funcionalidade entre prestações e deveres de conduta não determinado por qualquer tipo preexistente, mas pela autonomia negocial. Também nesse caso a exceção de contrato não cumprido é aplicável ante o descumprimento de prestações e deveres necessários à realização dos interesses das partes pela consecução do resultado útil programado, mas igualmente pode se verificar, por vontade dos contratantes, quando estes interligarem funcionalmente certos deveres que não dizem respeito propriamente ao resultado útil inicialmente pretendido. Um exemplo seria a hipótese de o locador se comprometer a isentar o locatário da multa rescisória, incidente pelo rompimento do contrato antes do termo determinado, se o locatário fizer algumas reformas no imóvel. Caso seja executado o valor da multa, o ex-locatário pode deixar de realizar as reformas, recorrendo à *exceptio*.

A correspectividade dita "voluntária" deve ser perquirida por meio da interpretação do negócio, sendo recomendável (mas não imprescindível) a previsão contratual da possibilidade de exercício da *exceptio* e de outros remédios sinalagmáticos. Ademais, sendo fruto de convenção entre as partes, não necessariamente significará um nexo entre atribuições patrimoniais, pressuposto da correspectividade típica, podendo se estabelecer entre obrigações secundárias ou acessórias (deveres secundários de prestação), bem como entre deveres de conduta, ligados ou não àquelas atribuições patrimoniais correlativas e, por conseguinte, ao resultado útil programado.

A correspectividade voluntária é, pois, expressão da liberdade contratual, e, uma vez estabelecida, também serve, além da correspectividade típica, para explicar o significado de contrato bilateral a que se refere o artigo 476 do Código Civil. Enseja, assim, o exercício de um remédio de autotutela que somente se torna viável em razão do

papel criador desempenhado pela autonomia privada na regulamentação de interesses legítimos.

Impende atentar, no entanto, para as situações em que a especial relação de confiança que caracteriza o contrato veda à autonomia privada considerar correspectivas obrigações que, pelo tipo, não o são. Tal se verifica, por exemplo, no contrato de mandato, que se classifica como unilateral, ainda que oneroso.[348] Nesse sentido, a lição de Gustavo Tepedino *et alii*:

> Poderá, pois, o mandato, ser oneroso ou gratuito, sem que tal critério econômico interfira em sua causa jurídica. Não há dúvida de que o mandato, sobretudo quando oneroso, produz obrigações recíprocas. A confiança que o permeia, contudo, impede que o mandatário vincule o cumprimento de sua obrigação ao cumprimento das obrigações atribuídas ao mandante. Sua natureza unilateral resulta precisamente da inexistência de sinalagma entre as obrigações de ambas as partes. Ou seja: nexo de causalidade ou de funcionalidade entre as obrigações, de forma que uma seja a razão jurídica da outra (Maria Celina Bodin de Moraes, 'O Procedimento de Qualificação do Contratos', p. 40). Não se aplica, por isso mesmo, no caso do mandato, a exceção de contrato não cumprido, extinguindo-se o mandato tão-somente nas hipóteses previstas pelo legislador (art. 682).[349]

É importante ter presente, outrossim, que, mesmo sendo o contrato dotado de correspectividade, ainda que seja esta concebida numa perspectiva ampla, nem todas as prestações e deveres a ele correlatos são correspectivos.[350] Tomando por exemplo ainda a locação, afirma-se inexistir correspectividade entre a obrigação do locatário, ante o vencimento do prazo contratual, de devolver o bem locado no estado em que o recebeu e qualquer obrigação do locador[351], tal como a de indenizar danos sofridos em decorrência de defeitos da coisa. Salvo se os contratantes tiverem estabelecido uma correspectividade voluntária entre tais deveres, pouco provável neste caso, as obrigações não são funcionalmente interligadas, não havendo que se falar, portanto, nos remédios sinalagmáticos da exceção e da resolução. Porém, o descumprimento da obrigação pelo locador, neste caso, pode ensejar outros remédios não sinalagmáticos,

---

[348] MORAES, Maria Celina Bodin de, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro, cit., p. 48. Segundo a autora, "o mandato, de fato, não se concilia com a presença de prestações correspectivas (ainda que possa ser oneroso), seja pela possibilidade de recesso (e revogação) unilateral, seja pela possibilidade de irrevogabilidade, incompatíveis com a correspectividade e seu remédio, a resolução".

[349] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 421.

[350] Como ressalta PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, t. XXV, 2. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 97, "A bilateralidade – prestação, contraprestação – faz ser bilateral o contrato; mas ser bilateral o contrato não implica que todas as dívidas e obrigações que dele irradiam sejam bilaterais."

[351] O exemplo é extraído de ABRANTES, José João, A *excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, cit., p. 43, e também de ASSIS, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 26.

tais como a retenção da coisa, o que será visto mais adiante, e a reparação de perdas e danos.

Diversa seria a solução dada caso o locatário, no curso da locação, tivesse sofrido danos à sua pessoa ou bens em decorrência de defeito da coisa locada (*e. g.* danos a mobiliário devido a infiltrações antigas, no caso de locação de imóvel; avarias em veículo, em razão de vícios estruturais na vaga de garagem locada), restando prejudicado total ou parcialmente o resultado útil programado. Em tal caso, tem-se o descumprimento de um dever de proteção que, apesar de não constituir a prestação principal, dirige-se ao resultado útil programado, podendo ensejar a *exceptio*, autorizando o locatário a suspender o pagamento dos aluguéis. A exceção pode assim servir de medida preparatória para uma futura resolução, impedindo que se configure um inadimplemento por parte do locatário ou até estimulando o locador a efetuar os reparos necessários à continuidade da locação, caso ainda persista o interesse do locatário nesse sentido.

Como já aludido no capítulo anterior, a possibilidade de exercício da exceção de contrato não cumprido na hipótese de descumprimento de deveres de proteção corrobora a contratualidade de tais deveres. Assim pondera Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> No que toca à exceção de contrato não cumprido, vale lembrar que, em se tratando de deveres *extracontratuais*, encontra-se fechada essa via. O contratante, então, que sofresse danos ao seu patrimônio pela atuação culposa da outra parte na execução do contrato, teria que cumprir religiosamente com seus pagamentos, mas, ao mesmo tempo, teria de ajuizar pedido reparatório, talvez, ironicamente, concomitantemente com pedido cautelar para reter o pagamento para garantir futura execução. Entendido como contratual, poderá ele opor a exceção do contrato não cumprido, evitando demais transtornos. [352]

Releva, contudo, para que se possa invocar a *exceptio* em caso de descumprimento de deveres de proteção, que estes se correlacionem propriamente à execução do contrato, à persecução do resultado útil. Caso contrário, em observância à perspectiva funcional do adimplemento[353], o seu descumprimento, assim como o de qualquer outro dever de conduta oriundo da boa-fé objetiva, poderá ser insuficiente para o uso dos remédios sinalagmáticos (*e.g.* dever de fornecer o manual de instruções de

---

[352] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 87 e ss.. Cabe notar que, embora o autor se refira à "atuação culposa" do devedor, tal não é essencial para o exercício da *exceptio*, como explicitado no tópico anterior.

[353] Mais uma vez, esclarece Jorge Cesa Ferreira da SILVA, in *Inadimplemento das obrigações*, São Paulo, RT, 2007, p. 47: "Do ponto de vista contratual, o descumprimento de deveres laterais poderá resultar na resolução ou na oposição da exceção do contrato não cumprido, conforme a importância relativa do fato para o contrato. Sendo o inadimplemento de pouca monta, tanto a resolução como a oposição da exceção podem se apresentar desproporcionais, na esteira da doutrina adimplemento substancial."

aparelho de som de veículo adquirido mediante pagamento em prestações, já entregue e perfeitamente em uso pelo comprador), ou tais deveres estarão tão distantes do resultado programado que sequer poderão ser considerados contratuais, decorrendo simplesmente da regra geral do *neminem laedere*, de modo a acarretar responsabilidade civil extracontratual ou até penal (*e.g.* dever de não furtar bens do outro contratante).

Ainda no tocante aos deveres de proteção, incumbe observar que, em se tratando de relações de consumo, apesar da assentada relativização da dicotomia responsabilidade contratual / extracontratual, por força da equiparação ao consumidor de outros sujeitos não participantes da relação para fins de reparação de danos decorrentes de fato do produto ou serviço, é certo que a dicotomia revela-se ainda útil. Tal se afirma porque a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço, embora não deixe de ser um efeito do descumprimento de dever contratual de proteção, não afasta outros remédios, essencialmente contratuais, concomitantemente aplicáveis. Esclarece mais uma vez Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> (...) pode-se facilmente separar os deveres laterais das regras sobre o fato do produto ou do serviço pela percepção de que estas só atuam no âmbito da responsabilidade civil, *a posteriori*, portanto, ao passo que os deveres laterais têm uma direta incidência sobre os destinos contratuais. A simples previsão legal da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço não tem o condão de, por exemplo, sustentar a resolução contratual, ou de dar ensejo à oposição de contrato não cumprido. Atua ela somente no campo indenizatório, campo que, algumas vezes, sequer é tocado pelos deveres laterais.[354]

Outro aspecto que merece destaque é o de que, em virtude da perspectiva funcional do adimplemento, que levou a uma renovada e mais ampla concepção de mora, a abarcar as hipóteses de cumprimento imperfeito ou defeituoso, revigorou-se a figura da *exceptio* non rite *adimpleti contractus* (exceção de contrato *mal* cumprido). Na realidade, tal não passa de um "alargamento"[355] da exceção de contrato não cumprido, e desta difere apenas com relação ao ônus da prova do inadimplemento, como esclarece Orlando Gomes:

> A *exceptio non rite adimpleti contractus* é, no fundo, a mesma *exceptio adimpleti contractus*, dado que o cumprimento parcial, inexato ou defeituoso, equivale ao inadimplemento. Difere, porém, nos efeitos. Não havendo inadimplemento total, incumbe a prova ao contraente que não cumprir a obrigação. Havendo execução

[354] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 242.
[355] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 286.

> incompleta, deve comprovar quem invoca a exceção, pois se presume regular o pagamento aceito.[356]

Postas as premissas necessárias para a compreensão dos principais requisitos da exceção de contrato não cumprido, sobretudo da noção (ampla) de correspectividade, a revelar possibilidades de expansão do instrumento, importa abordar brevemente alguns problemas específicos, com o mesmo intuito de demonstrar a amplitude do uso de tal remédio.

Tradicionalmente figurava-se controvertida a aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido nos contratos de trato sucessivo ou de execução continuada, tais como a locação, o arrendamento, a prestação de serviços e o fornecimento sucessivo, típicas relações obrigacionais duradouras. Nessas relações, o adimplemento se dá permanentemente, de modo que as obrigações perduram sem que haja modificação do conteúdo do dever de prestação, extinguindo-se com o decurso do prazo ou pela denúncia.

Afirma-se que "a existência de inadimplemento de prestações singulares abre ensejo, dependendo do grau desse inadimplemento, a três possibilidades eficaciais: a pretensão à indenização pelos danos específicos; a indenização por inadimplemento de todo o contrato, assim como o direito de resilição".[357] O direito italiano solucionou expressamente a questão em seu Código Civil, autorizando a resolução do contrato de fornecimento (*somministrazione*) devido ao abalo de confiança.[358]

Considerando se tratar de hipótese de quebra da relação de confiança entre as partes, há quem enquadre a hipótese como espécie de violação positiva do contrato, diversa do inadimplemento absoluto e da mora.[359] Não obstante, sob uma perspectiva funcional do adimplemento, que orienta a relação obrigacional como processo voltado ao cumprimento da *prestação devida*, unitariamente considerada, tal formulação se mostra desnecessária, uma vez que o abalo da confiança despertado pelo descumprimento de obrigações singulares, se sério e relevante, pode configurar inadimplemento absoluto ou mora, segundo a intensidade com que afete os interesses do

---

[356] GOMES, Orlando, *Contratos*, 20. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 92. O mesmo entendimento é compartilhado por TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, cit., p. 125.

[357] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 254.

[358] "*Art. 1564 Risoluzione del contratto*
In caso d'inadempimento (1218) di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza (1455) ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti."

[359] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A Boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 255.

credor e o resultado útil programado. Portanto, em se tratando de prestações sucessivas, a *exceptio*, além de outros remédios sinalagmáticos, como a resolução, também se afigura aplicável.[360]

Corroborando uma ampla aplicação da figura em análise, afirma-se que ambas as espécies de exceção operam em relações obrigacionais subjetivamente complexas. Em um contrato sinalagmático plurilateral, com obrigações indivisíveis ou solidárias, o único devedor, ou cada um dos vários devedores, tem o direito de recusar a prestação até quando o único credor, ou os vários credores, satisfaça a contraprestação.[361] Isso porque, nos contratos plurilaterais, as prestações de cada um dos contratantes destina-se à consecução de um fim comum, de modo que o nexo de sinalagmaticidade se estabelece entre cada prestação e o conjunto das demais. Entretanto, afirma-se que o exercício da exceção somente é legítimo se a prestação inadimplida for essencial para a consecução daquela finalidade comum[362], o que não facilmente ocorre, a ponto de Serpa Lopes ter admitido apenas excepcionalmente a exceção em tais relações, "precipuamente nas sociedades compostas pura e simplesmente por dois sócios", considerando ser mínima a presença do sinalagma nesses contratos.[363]

Em se tratando de obrigações solidárias, a exceção fundada no risco de descumprimento, constante do artigo 477 do Código Civil, tem aplicação no caso em que a mudança *in peius* das condições patrimoniais diga respeito a tão-somente um dos sujeitos envolvidos, sempre que tal mudança signifique uma redução da garantia que o vínculo solidário representa para o credor. Sustenta-se ainda que a suspensão da prestação, exercida por um dos credores, aproveita aos demais, segundo o princípio da expansão dos efeitos favoráveis aos co-credores e da não-extensão daqueles desfavoráveis aos coobrigados, o que igualmente se aplica às hipóteses de solidariedade contemporaneamente ativa e passiva.[364]

Cabe também verificar a aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos. Muito embora o entendimento tradicional fosse no sentido de

---

[360] PERSICO, Giovanni, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., p. 91 e ss.

[361] BUSNELLI, Francesco Donato, Obbligazioni soggettivamente complesse, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 79 e ss.

[362] ABRANTES, José João, A *excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*, cit., p. 45.

[363] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 260. Também Tulio ASCARELLI, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 2. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1969, p. 289, entende que "o inadimplemento de um entre muitos participantes do contrato plurilateral não autoriza, de per si, os outros sócios a não executar a sua prestação, caso continue possível a execução do objeto social; seria, porém, obviamente ilícito pedir o adimplemento de um entre os sócios sem pedir simultaneamente (também judiciariamente) o dos demais."

[364] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 93.

que o remédio não poderia ser invocado contra o poder público, sob pena de prejuízo à continuidade do serviço público e ao interesse coletivo, a Lei n.º 8.666/1993, em seu artigo 78, inciso XV[365], veio autorizar ao particular o uso do instrumento como meio de reação ao inadimplemento. Nesse sentido, observa Hely Lopes Meirelles:

> (...) o rigor da inoponibilidade dessa exceção vem sendo atenuado pela doutrina para aceitar-se a *exceptio non adimpleti contractus* nos casos em que a falta da Administração cria um encargo extraordinário e insuportável para a outra parte, como, por exemplo, quando o Poder Público atrasa seus pagamentos por longo tempo, obrigando o contratado a um verdadeiro financiamento das obras e serviços, não previsto no ajuste.[366]

Mas as possibilidadades de expansão da figura da exceção de contrato não cumprido como legítimo instrumento de autotutela não se esgotam nos confins de uma singular relação contratual. É o que se pretende expor no tópico seguinte.

3.1.1.2 A expansão pela ampliação da noção de sinalagma para além da própria relação contratual.

Se a concepção funcionalizada do adimplemento conduz a um alargamento da noção de sinalagmaticidade dentro de uma mesma relação contratual, verifica-se igualmente um movimento de expansão da idéia de sinalagma para além dos limites da própria relação. Nesse ponto, a vocação expansiva da exceção de contrato não cumprido relaciona-se às possibilidades de conexão contratual.

O fenômeno da conexão ou coligamento de contratos tem sido objeto de aprofundados estudos na doutrina, situando-se no contexto da constitucionalização das normas de direito civil e da funcionalização de seus institutos, dos quais deriva a mitigação da relatividade dos efeitos contratuais e da dicotomia partes/terceiros.[367] Essas transformações são atribuídas pela doutrina contemporânea especialmente ao princípio da função social dos contratos, positivado pelo código civil de 2002 em seu artigo 421, capaz de ensejar, entre outros efeitos, um alargamento do conceito de parte "a ponto de incluir aquelas pessoas a quem o contrato concerne diretamente sob o ponto

---

[365] "Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)
XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação."

[366] MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo*, 11. ed., Malheiros, 1996, p. 170.

[367] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 93.

de vista funcional".[368] Nessa linha, Claudio Luiz Bueno de Godoy, em sua obra dedicada à função social do contrato, afirma que "na coligação, há uma finalidade econômica comum das partes, que faz os ajustes entre si subordinados. Os negócios coligados perseguem um mesmo fim econômico e se completam na prossecução desse objetivo comum".[369]

Atentando, contudo, para a inocuidade de um conceito demasiadamente amplo e genérico de conexão, por muitos sintetizada na idéia de vários contratos destinados a uma mesma operação econômica[370], Carlos Konder sustenta a importância de se buscar "um vínculo capaz de impor algum tipo de efeito jurídico peculiar aos contratos por ele interligados, um vínculo que possua relevância não apenas econômica, mas especificamente jurídica".[371] Afasta-se, portanto, a centralidade do elemento extrajurídico, que é o fim meramente econômico, da definição de conexão, sem perdê-lo totalmente de vista. Demonstra ainda o autor a heterogeneidade intrínseca aos contratos conexos, devido à manifestação do fenômeno tanto em relações estritamente empresarias quanto nas de consumo, apontando para o fato de que, nas primeiras, a conexão contratual normalmente combina-se com a existência de grupos de sociedades ou de certas estruturas societárias que envolvem *holdings* e subsidiárias, podendo ainda ser configurada em um conjunto de negócios voltados a uma mesma finalidade, o que exemplifica com a transferência de controle acionário ou o aporte de recursos financeiros para a implementação de um projeto.[372] Já nas relações de consumo, marcadas pela vulnerabilidade de um dos contratantes, a conexão contratual aparece inserida num regime "reequilibrador", a exemplo do que ocorre nas situações de crédito ao consumo, que envolvem os contratos de compra e venda e financiamento, aparentemente autônomos, mas destinados à finalidade comum de aquisição do bem.[373]

Outra evidência da mencionada heterogeneidade mostra-se na possibilidade de celebração de contratos conexos entre as mesmas duas partes ou entre três ou mais sujeitos. Na primeira hipótese, contrariamente à segunda, como esclarece Carlos Konder, não releva propriamente a questão da relatividade dos efeitos dos contratos e da

---

[368] NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, cit., p. 233.
[369] GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Função social do contrato*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 147.
[370] Nesse sentido, entre outros, FERRANDO, Gilda, I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative, *Contratto e impresa*, v. 16, n. 1, Padova, Cedam, 2000, p. 129-130.
[371] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, cit., p. 96.
[372] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, cit., p. 98.
[373] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, cit., p. 99.

dicotomia partes/terceiros, mas o problema da autonomia entre os negócios.[374] Várias outras distinções podem ser traçadas no campo da conexão, além de construções doutrinárias, especialmente no direito comparado, dos mais variados matizes.[375] Contudo, buscando-se conciliar a problemática dos contratos conexos com as questões atinentes à eficácia dos contratos, especialmente ao uso do remédio da exceção de contrato não cumprido, adota-se como ponto de partida duas noções construídas pela doutrina italiana e predominantes naquele ordenamento: a noção, mais geral, segundo a qual o que identifica a coligação entre diversos contratos (com diversas causas) seria a realização de uma função unitária, um fim único ulterior e transcendente àquele de cada um dos negócios, bem como a noção, mais específica e que traduz apenas uma das variadas espécies de conexão, de "negócios coligados em permutação" (*negozi collegati in funzione di scambio*).[376]

Há quem, na doutrina italiana, critique a noção de função, fim ou efeito "ulterior" como um traço constante das hipóteses de coligação, preferindo a noção de "regulamento de interesses unitário"[377], uma vez que, em diversas situações, o que os contratantes pretendem é apenas realizar uma pluralidade de funções em sua totalidade, "condicionando" um ajuste negocial ao outro, sem que tais funções, em seu conjunto, exprimam uma outra função, por assim dizer, "supranegocial". Exemplos seriam a venda de um certo bem e o respectivo transporte ou a venda de parte de um prédio e a respectiva empreitada para a finalização da obra. Assevera-se que a grande vantagem de

---

[374] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, cit., p. 99.

[375] Remete-se à obra de Carlos Konder, cit., p. 100 e ss., que empreende uma apronfundada análise das diversas teorias, passando pela distinção entre cadeias contratuais (do que são exemplos os contratos sucessivos e os subcontratos) e contratos conexos organizados numa estrutura triangular ou circular (do que são exemplos o crédito ao consumo e o *leasing* financeiro), as noções de *collegamento negoziale* na Itália (buscando explicar, a partir de diversas espécies de coligação, a influência de um contrato sobre a validade e eficácia de outro), de grupos contratuais na França (que enfatiza o aspecto da relatividade dos efeitos do contrato nos casos de coligação entre contratos celebrados entre partes diferentes, e, ainda, a noção ampla de redes contratuais, sugerida pelo jurista argentino Ricardo Luiz Lorenzetti (do que são exemplos as redes de distribuição, as redes de franquias e a medicina pré-paga, cujo foco seria uma "causa sistemática", ou seja, "a geração e o compartilhamento equânime de benefícios, custos e riscos que só é viável mediante a permanência de um certo equilíbrio econômico na rede"). No tocante às teorias italianas de coligação, o autor discorre ainda sobre as distinções entre coligação por dependência unilateral e bilateral (na primeira apenas um contrato influencia o outro, em geral por uma relação de acessoriedade, ao passo que, na segunda, a influência é recíproca), entre coligação genética e funcional (na primeira, um contrato influencia a formação do outro, a exemplo do contrato preliminar, enquanto, na segunda, a influência se verifica no desenvolvimento da relação jurídica que nasce do outro) e entre coligação necessária e voluntária (a primeira, também chamada legal, "decorre da própria natureza dos contratos envolvidos ou de um dispositivo legal específico", a exemplo dos contratos preliminares, subcontratos e contratos de garantia, e, a segunda, da vontade dos contratantes – ora atrelada à manifestação de um *animus collegandi* (correntes subjetivas), ora atrelada à noção de causa, de modo que "um contrato único com diversas prestações teria uma única causa, enquanto a pluralidade de contratos, ainda que coligados entre si, apresentaria também uma pluralidade de causas" (correntes objetivas).

[376] Com referência às duas noções, cf. LENER, Giorgio, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1999, *passim*.

[377] LENER, Giorgio, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 11.

uma tal concepção é ressaltar a unidade dos interesses concretos em jogo, ou seja, a unidade do regulamento, embora através de negócios estruturalmente autônomos, que seriam "momentos" daquele regulamento.[378]

No entanto, uma vez constatada a conexão contratual, seja pela existência de uma "função ulterior", seja pela identificação de um "regulamento de interesses unitário", cabe perquirir, para a aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido, se dita relação de conexão é caracterizada pela correspectividade. Neste aspecto, recorre-se ao conceito de "negócios coligados em permutação" (*negozi collegati in funzione di scambio*)[379], como explicita Carlos Konder:

> Dentro do vasto universo dos negócios coligados, pertenceriam a esta categoria aqueles nos quais se pudesse vislumbrar um nexo de correspectividade entre os negócios. Por conta disso, esses negócios exigiriam uma disciplina jurídica em conformidade com um equilíbrio econômico estabelecido não internamente a cada contrato, mas entre os dois negócios apreendidos de maneira geral. Isto acarretaria efeitos muito peculiares, não apenas nas já mencionadas hipóteses de rescisão, resolução e invocação da exceção de contrato não cumprido, mas também na qualificação de cada um dos contratos como gratuito ou oneroso e, especialmente, nos casos de lesão e excessiva onerosidade.[380]

No mesmo sentido, enunciando a possibilidade de extensão do conceito de correspectividade aos contratos coligados, observa Guido Biscontini:

> (...) *il dato caratteristico e tipico che distingue il contratto a prestazioni corrispettive è lo scambio, inteso non in senso economico, ma in senso giuridico, con il significato cioè che appare essere accolto dalla vigente disciplina: il reciproco trasferimento di beni o servizi attuato nell'àmbito di un unico disegno negoziale. Il sinallagma viene cosí a porsi non soltanto tra le prestazioni che trovano giustificazione in un unico rapporto giuridico e quindi in un unico titolo, ma anche tra le prestazioni di autonomi rapporti purché collegati in un disegno unitario.* (...)
> *A prescindere da qualsiasi riferimento all'equivalenza tra le attribuzioni patrimoniali, il nesso sinallagmatico pone le attribuzioni necessariamente l'una in funzione dell'altra, sicché risulta improprio il ricorso alla categoria dei contratti sinallagmatici imperfetti per classificare quelli in cui le obbligazioni, pur presenti a carico di entrambe le parti, non sono corrispettive.*[381]

Igualmente Ana López Frias atentou para a aplicabilidade da *exceptio* em contextos de coligação, desde que presente um nexo sinalagmático:

---

[378] LENER, Giorgio, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 165 e ss..

[379] Segundo CASTIGLIA, Giuseppe, Negozi collegati in funzione di scambio, *Rivista di diritto civile*, parte II, Padova, Cedam, 1979, p. 401, entende-se por *scambio*, ou permutação, "*la produzione di risultati economici, correlati e interdipendenti, ed eventualmente complessi (cioè, il reciproco trasferimento di beni e/o servizi) che, nell'unitarietà di fondo dell'affare, le parti possono prefiggersi di conseguire* ex utroque latere *con strumenti giuridici anche diversi*".

[380] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, cit., p. 113.

[381] BISCONTINI, Guido, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, ESI, 2005, p. 71 e ss..

> *La razón de ser de la exceptio está en el carácter bilateral, sinalagmático o recíproco de dos obligaciones, incumplidas ambas pero por sujetos diferentes. Esa reciprocidad se produce, de ordinario, entre obligaciones nacidas de un solo contrato. Pero nada impide que tenga lugar en algún caso, respecto di obligaciones que derivan de convenios distintos. Es cierto, no obstante, que tal cosa no sucede, ni en consecuencia procede la excepción de incumplimiento, en todos los supuestos de conexión entre contratos. Porque, para que pueda hablarse de un nexo sinalagmático entre prestaciones pertenecientes a contratos diferentes, deben concurrir algunos requisitos: será necesario que los convenios hayan sido celebrados por las mismas partes y que las prestaciones en cuestión sean correspectivas y de similar importancia. No cabe con carácter general, por tanto, hacer valer la repetida excepción si la obligación incumplida lo ha sido por un tercero (esto es, por alguien distinto a quien pide el cumplimento), ni es procedente dicho medio de defensa cuando la prestación no realizada tenga carácter accesorio respecto a la que se reclama.*[382]

Assim, partindo-se da noção tradicional aplicável aos contratos individualizados, pode-se chegar a uma concepção alargada de correspectividade, entre contratos diversos, sempre que as prestações objeto de um contrato sejam, em seu conjunto, e reciprocamente, causa das prestações objeto do outro contrato[383], guardando entre si uma interligação funcional. A causa aqui assume uma concepção também mais ampla do que aquela que informa cada contrato individualizado[384], e sem prejuízo desta, na medida em que os contratos coligados, conjuntamente, teriam uma suprafunção econômico-social, formando uma "unidade econômica" a partir do sinalagma supracontratual. E é justamente esta sinalagmaticidade o índice da função unitária. Essa noção foi acolhida em nossa doutrina por Orlando Gomes, que, partindo da classificação de Enneccerus, assim explicitou a "união com dependência":

> (...) dois contratos completos, embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é *causa do outro*, formando uma *unidade econômica*. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro. A coligação dos contratos pode ser *necessária* ou *voluntária*. A *coligação necessária* também chamada *genética*, é imposta por lei, como a que existe entre o contrato de transporte aéreo e o de seguro do passageiro. Quando decorre da vontade dos interessados, como se verifica ordinariamente, diz-se *voluntária*. Visto que nessa união de contratos há reciprocidade os dois se extinguem ao mesmo tempo; a dissolução de um implica a do outro.[385]

Mais recentemente, a conexão contratual como fenômeno unificador de contratos com estruturas e funções imediatas individualizadas é assim explicitada por Rodrigo Xavier Leonardo:

---

[382] FRÍAS, Ana López, *Los contratos conexos*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 304.

[383] GAGLIARDI, Rafael Villar, *A exceção do contrato não cumprido*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 214. O autor defende que é possível se estabelecer vínculo sinalagmático entre contratos conexos se as prestações envolvidas estiverem colocadas em posição de causa recíproca.

[384] MORAES, Maria Celina Bodin de, A causa dos contratos, cit., p. 95-119.

[385] GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 104.

> No pensamento exposto dos autores supracitados – apesar da atribuição da diversidade de enfoques para um fenômeno semelhante -, é possível destacar alguns pontos em comum: a) coexistência de dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, mantidas as respectivas causas objetivas desses contratos; b) existência de um nexo funcional entre os contratos diferenciados; c) existência de um nexo econômico entre esses contratos; d) relevância jurídica da ligação entre estes contratos, seja em razão da motivação (perspectiva subjetivista), seja em razão da correspectividade de prestações (perspectiva objetivista).[386]

Outros autores da atualidade enfatizam como elementos da conexão: pluralidade de contratos, nexo funcional que os una em torno de um objetivo comum[387], participação de todos os sujeitos ao menos em um dos contratos singulares, objeto constituído pelo somatório das prestações dos contratos convergentes na operação econômica final e prevalência do princípio da liberdade das formas.[388]

No que diz respeito especificamente à exceção de contrato não cumprido, apesar de uma certa resistência ainda registrada em doutrina[389], defende-se, pois, a sua aplicabilidade quando houver o descumprimento de prestações assumidas no âmbito de um contrato funcionalmente coligado com as prestações estabelecidas em outro, havendo um nexo de correspectividade entre as referidas prestações. Noutros termos, por força de lei e independentemente de previsão contratual, a *exceptio* é sempre[390] cabível no contexto dos contratos coligados em permutação (*in funzione de scambio*), isto é, com atribuições patrimoniais recíprocas e dependentes, na lição de balizada doutrina italiana:

> *Questi indici dimostrano che, anche sotto il profilo della risoluzione, dei negozi collegati in funzione di scambio si richiede una considerazione unitaria, e consentono altresì di fornire risposta positiva a taluni interrogativi suscitati dalla dottrina e dalla pratica, quale in particolare quello della opponibilità della eccezione di inadempimento alla controparte che non adempia o non offra di adempiere la propria obligazione scaturente da contratto diverso ma collegato.*[391]

---

[386] LEONARDO, Rodrigo Xavier, *Redes contratuais no mercado habitacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 129.

[387] Segundo KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos, *A coligação contratual*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2008, p. 64, "Os vários contratos econômicos integram uma mesma operação econômica unitária. É preciso que as partes possam atingir um objetivo comum que supere os simplesmente alcançáveis por meio do somatório dos contratos individuais. É necessário que cada contrato desempenhe uma função própria, mas que o conjunto seja mais que o somatório."

[388] ROSITO, Francisco, Os contratos conexos e sua interpretação, *Revista dos Tribunais*, n. 866, São Paulo, Revista dos Tribunais, dez. 2007, p. 23-47.

[389] A propósito, observa Carlos Nelson KONDER, *Contratos conexos*, cit., p. 240: "Algumas vozes dissidentes, posição minoritária em doutrina, resistem à possibilidade de invocar tal exceção quando o descumprimento que a justifique não tiver sede no mesmo contrato, sob o fundamento de que, não se tratando do mesmo contrato, os efeitos de uma obrigação sobre a outra não seriam automáticos, o que impediria a utilização de um meio de autotutela como a *exceptio non adimpleti contractus.*"

[390] Salvo se houver a cláusula excludente do remédio – cláusula *solve et repete*, que será analisada mais adiante.

[391] CASTIGLIA, Giuseppe, Negozi collegati in funzione di scambio, cit., p. 410.

Com efeito, a invocação da *exceptio* em tais casos se justificaria no equilíbrio que deve existir não (apenas) no interior do contrato singularizado, mas entre os diversos contratos reunidos por uma função comum, o que significa dizer que "o equilíbrio necessário à permutação de prestações está constituído não entre as prestações fixadas por cada contrato, mas na totalidade de prestações impostas pelo regulamento de interesses plurinegocial".[392] Essa noção de equilíbrio entre contratos coligados foi assim exemplificada por Martinho Garcez Neto, em antigo estudo sobre a exceção de contrato não cumprido:

> Assim, se Pedro comprou de João quinhentos sacos de café e em seguida vendeu-lhe duzentos bois, não pode João recusar-se a entregar o café sob pretexto de que Pedro não lhe entregou os bois.
> Em uma hipótese destas, ensina Giorgi, para que tivesse cabimento a exceção non adimpleti contractus seria necessário que as duas convenções fôssem correlativas, ao menos no entendimento das partes. (...)
> Versando o assunto, Larombière, doutrina magistralmente, que "se as duas convenções, pelas relações que as ligam, o que é entregue à apreciação dos tribunais, se fundem, por assim dizer, em uma só, poder-se-á admitir a exceção" (...).
> Assim, no exemplo acima figurado, se a venda feita por João dos quinhentos sacos de café teve, na intenção das partes, por objeto estabelecer uma compensação entre os preços desta venda e daquela dos bois, que Pedro vendeu a João, ou, em outros têrmos, se o intuito foi fazer uma troca dêsses bens, com ou sem volta pode Pedro fundar a inexecução de suas obrigações na inexecução das de João, assim como êste a inexecução das suas nas de Pedro.[393]

Todavia, Giorgio Lener aponta para o fato de que a coligação com função de permutação é apenas uma espécie de coligação bilateral, sendo esta última caracterizada pela mútua influência entre os contratos coligados e tendo a primeira o traço distintivo e específico da correspectividade, mediante a recíproca transferência de bens e/ou serviços. O autor exemplifica com a hipótese de dois contratos de compra e venda, respectivamente de *hardware* e de *software* de computador, ou, ainda, de uma unitária operação de distribuição, em que, para diluir os riscos da comercialização, celebram-se dois contratos, de agência e de concessão de venda, tendo por objeto os mesmos produtos. Nesses casos, afirma-se que não há permutação e tampouco correspectividade, mas a conexão é bilateral.[394] E, não havendo correspectividade, não caberiam os remédios sinalagmáticos, tais como a exceção de contrato não cumprido e a resolução.

Mas tal entendimento não deve ser absoluto. Poderá ocorrer que o adimplemento de uma prestação referente a um contrato conexo a outro, em tese não correspectivos no

---

[392] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, cit., p. 241.
[393] GARCEZ NETO, Martinho, Contrato, in CARVALHO SANTOS, J. M. de, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XII, Rio de Janeiro, Borsoi, p. 247.
[394] LENER, Giorgio, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 67 e ss..

sentido de não se vincularem por uma reciprocidade de atribuições patrimoniais (e.g. contratos de fornecimento de *hardware* e *software*), seja considerado pelas próprias partes, por ocasião da celebração dos contratos, como imprescindível para a consecução dos interesses pretendidos pelos contratantes, isto é, para o resultado útil final que se pretende alcançar com a totalidade dos contratos. Cumpre então indagar se, em tais casos, seria admissível a exceção de contrato não cumprido relativamente à prestação objeto do contrato coligado ou outro remédio em reação ao inadimplemento, tal como a resolução. Por ora, será analisado apenas o primeiro remédio, deixando-se o segundo para o tópico próprio.

Conforme já explicitado neste trabalho, é uníssono o entendimento de que a *exceptio* tem como requisito a correspectividade, entendida como nexo de dependência funcional entre as prestações, ou seja, como relação de troca entre duas atribuições patrimoniais ligadas por um vínculo de causalidade jurídica. Não lhe basta, pois, apenas a reciprocidade. Elevada a questão ao plano mais amplo das relações contratuais conexas, que, segundo a doutrina também não prescinde, para o exercício dos remédios sinalagmáticos, da correspectividade entre as prestações estabelecidas em contratos diversos, caberia, na ausência de tal requisito, idêntica conclusão no sentido da inadmissibilidade da exceção. Isso porque, tal como prevista em lei, a exceção de contrato não cumprido deve observar, para a sua operatividade, os pressupostos normativos que a condicionam. E a correspectividade é um deles.

No entanto, a tradicional restrição do instrumento apenas à formatação típica (correspectividade como reciprocidade de atribuições patrimoniais ligadas por um vínculo de causalidade jurídica) parece não atentar para a sua vocação expansiva e para a utilidade do instrumento enquanto legítimo mecanismo de autotutela, como se sustentou no primeiro capítulo deste trabalho. Ignora, outrossim, a renovada perspectiva funcional do adimplemento, como se explicitou no segundo capítulo. Isso porque, em se tratando de conexão contratual, não basta, para a consecução do resultado útil que as partes pretendem com a totalidade dos contratos, o adimplemento da *prestação devida* em apenas um deles. Deve, ao contrário, verificar-se em todas as relações contratuais singulares envolvidas, uma vez que o inadimplemento em uma delas pode prejudicar aquele resultado útil.

A concepção restritiva torna, pois, a figura da *exceptio* subutilizada ou subestimada em suas potencialidades. Como útil instrumento de autotutela em reação ao

inadimplemento, especialmente no contexto de contratos coligados, entende-se possível que os contratantes, ao regulamentarem livre e consentidamente seus interesses, atribuam às prestações de diversos contratos uma interligação funcional, isto é, uma correspectividade voluntária, ainda que tais prestações não impliquem correlatas atribuições patrimoniais, que é o que caracteriza, como dito, a correspectividade típica em contratos singulares ou em conexão com função de troca ou permutação (*in funzione scambio*). Basta, assim, para a configuração de uma tal correspectividade "voluntária", que as prestações dos diversos contratos sejam funcionalmente vinculadas tendo em vista o resultado útil que a sua totalidade visa alcançar. A corroborar a solução ora proposta, sustenta Antonio Rapazzo:

> *Le prestazioni, e specialmente gli eventuali inadempimenti, seppure riferibili a contratti strutturalmente distinti, si trovano in posizione di corrispettività o per la stessa natura dei contratti (e è il caso del collegamento necessario o per volontà della legge -)* ***o per la finalità complessiva impressa dalle parti al loro affare: la corrispettività delle varie prestazioni è il risultato conforme della volontà delle parti*** *e dell'inscindibilità dell'assetto economico globale che le parti hanno inteso raggiungere. Ciascuna prestazione posta – a carico di una parte in uno dei contratti della "catena" – costituisce il corrispettivo dell'altra o delle altre prestazioni gravanti sull'altra parte, in uno o in tutti gli altri contratti concatenati.*[395]

A proposta apresentada quer significar que, sendo os contratos correspectivos, por existir entre as prestações uma reciprocidade de atribuições patrimoniais ligadas por um vínculo de causalidade jurídica (correspectividade típica ou estrita), inevitavelmente haverá uma função econômico-social supracontratual, isto é, uma causa supracontratual. A correspectividade, assim, indica essa função ou causa. Não sendo os contratos correspectivos no sentido estrito (cite-se novamente o exemplo do *hardware* e *software*), poderá ainda se conceber uma correspectividade em sentido amplo, na medida em que os contratantes estabeleçam uma interligação funcional entre as prestações. Também neste caso é possível identificar uma função econômico-social supracontratual. Disso resulta a conclusão de que, sempre que houver tal função, mediante a persecução de um resultado útil com a totalidade dos contratos, resultado útil que vai além daquele que se busca em cada contrato singular, haverá correspectividade, seja em sentido estrito ou em sentido amplo (voluntária).

Note-se que a influência recíproca (conexão bilateral) não necessariamente importa uma correspectividade, como sustentou Giorgio Lener nas considerações *supra*

---

[395] RAPAZZO, Antonio, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, Cedam, 1999, p. 69.

citadas. O contrato de fornecimento de *hardware* pode influenciar o de *software* seja porque as configurações técnicas deste devam ser compatíveis com a capacidade daquele, seja porque as partes podem estipular uma coincidência dos prazos de fornecimento, entre outros aspectos possíveis. Mas isso não torna os contratos correspectivos, uma vez que não enseja atribuições patrimoniais recíprocas e, ademais, o *hardware* pode ser operado independentemente do *software* especial e o *software* especial pode ser operado em qualquer outro *hardware*. No entanto, as partes podem vincular funcionalmente ambos os contratos, de modo que o resultado útil pretendido pelo comprador somente possa ser atingido, necessariamente, se o *hardware* e o *software* especial operarem conjuntamente. Tem-se aí uma correspectividade voluntária. A conexão (bilateral) até já existia, mas a correspectividade somente passou a existir por vontade das partes. Imagine-se, por exemplo, um equipamento adquirido por clínica médica para a realização de específicos procedimentos e exames que somente são possíveis mediante o desenvolvimento de um *software* específico. Faltando este, mesmo não havendo recíprocas atribuições patrimoniais entre um e outro contrato (embora estas até existam no interior de cada contrato singular), resta prejudicado o resultado útil pretendido com a totalidade dos contratos. Figura-se legítimo, portanto, o recurso aos remédios sinalagmáticos da *exceptio* e da resolução.

Assim, tendo em vista a sustentada admissibilidade de uma correspectividade voluntária no interior de contratos singulares, como se demonstrou no tópico anterior, a mesma solução é possível para as hipóteses de conexão, embora com delineamentos diversos. É importante atentar para o fato de que a correspectividade voluntária (em ambos os casos) não precisa ser expressamente ajustada, pois pode derivar das próprias circunstâncias negociais, a serem desvendadas pela interpretação dos contratos, procedimento que deve ser orientado pela boa-fé objetiva, que, neste caso, desempenha a sua função de cânone interpretativo.

Um importante índice de correspectividade voluntária é a coligação também voluntária. Para uma compreensão do fenômeno da coligação contratual alinhado a um necessário revigoramento da autonomia privada, adere-se à proposta de Eduardo Takemi, para quem são as seguintes as modalidades de coligação: uma primeira, resultado do exercício da autonomia privada (coligação voluntária) e uma segunda, dita necessária, fruto de diversas imposições legais (coligação legal) ou fruto da incidência da cláusula geral de boa-fé objetiva. Segundo o autor, o fenômeno econômico da

pluralidade de contratos não implica necessariamente a produção de eficácia jurídica entre eles, sendo necessária a intermediação do ordenamento jurídico. A coligação é, assim, resultado do exercício da autonomia privada, da lei ou da tutela da boa-fé nas obrigações.[396] Quanto à coligação voluntária, mais afeta ao problema ora em análise, assevera:

> Não existe qualquer necessidade de unidade econômica e ordem no sentido da obtenção de uma função supercontratual para que se caracterize essa modalidade de coligação. Basta a autonomia privada das partes, inserindo uma condição, ou um termo, no sentido em que estas expressões são usadas na parte geral do direito civil, para que a coligação se produza. (...)
> Como as partes podem regular os seus interesses, nada impede a fixação de cláusulas em seus contratos que ocasionem a interferência de um em outro, de sorte que a coligação voluntária figura como expressão possível da autonomia privada.[397]

No sentido mencionado, a condição, enquanto elemento que submete os efeitos do negócio jurídico a um acontecimento futuro e incerto, consoante o artigo 121 do Código Civil, pode ser inserida numa cláusula de coligação. Em tal caso, o acontecimento é um efeito decorrente de outro contrato, tratado como simples fato.[398] E uma das funções das cláusulas de coligação voluntária é justamente "reforçar a situação do credor diante do inadimplemento do devedor", reduzindo o risco a que aquele está exposto.[399]

A utilidade da condição, como mecanismo de coligação e meio de os contratantes estabelecerem uma correspectividade voluntária, evidencia uma aproximação entre *common* e *civil law*. Importa considerar que nem sempre a condição que conforma a coligação voluntária será um "evento futuro e incerto". Na *common law* recorre-se à *condition* para justificar a recusa de adimplir a própria prestação (*defence of refusal to perform*).[400] Uma prestação é *condição* da outra. Mas esta condição não se confunde com a condição como "acontecimento futuro e incerto". Na realidade, como observa Adolfo Di Majo, há dois tipos de condição: uma definida "contingente" (*contingent*) ou casual e outra "promissória" (*promissory*). Apenas a primeira coincide com a noção corrente na *civil law*. A segunda, por sua vez, afina-se com a noção de

---

[396] KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos, *A coligação contratual*, cit., p. 78. Explicando a terceira modalidade, o autor afirma, p. 187: "a coligação contratual é um efeito que decorre, quando não expressamente de cláusula contratual, ou da lei, da circunstância de as partes fundarem um sistema contratual composto por múltiplos contratos, havendo, ainda, uma expectativa legítima no sentido de que efetivamente o negócio será tratado de modo uniforme."

[397] KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos, *A coligação contratual*, cit., p. 65.

[398] KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos, *A coligação contratual*, cit., p. 90.

[399] KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos, *A coligação contratual*, cit., p. 100.

[400] TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for breach of contract – a comparative account*, Oxford, Clarendon Press, cit., p. 245.

correspectividade voluntária, seja no interior de um contrato singular, seja em contratos conexos.[401]

Desse modo, mesmo não havendo uma coligação legal, o adimplemento de uma prestação num contrato pode ser condição para o cumprimento da prestação de outro contrato. A *contrario sensu*, o inadimplemento de uma prestação referente a um contrato pode ser considerado uma condição para o não cumprimento da prestação alusiva ao outro. Estabelece-se, assim, uma coligação voluntária e, com ela, também uma correspectividade. Isso não significa que toda coligação voluntária sempre estabelecerá uma correspectividade voluntária. Esta dependerá sempre do nexo de funcionalidade entre as prestações dos diversos contratos. A condição pode dizer respeito a variados deveres e a diversos efeitos, mas, se consubstanciar (para a suspensão da prestação) o próprio inadimplemento da *prestação devida* no contrato coligado, a correspectividade naturalmente existirá.

Em suma, a corroborar a possibilidade de expansão do instrumento de autotutela em apreço, propõe-se, como método seguro para a aplicação da exceção de contrato não cumprido no âmbito de contratos conexos, a verificação em concreto da necessária presença, *mutatis mutandis*, dos requisitos juridicamente exigidos para a exceção no interior de contratos singulares e, bem assim, os mencionados índices teóricos para o reconhecimento da conexão contratual. Quanto aos primeiros, é importante não olvidar que devem estar presentes: correspectividade (típica/estrita ou voluntária/ampla) e inadimplemento da *prestação devida*, o que pode ocorrer tanto pelo descumprimento de deveres primários e secundários de prestação, quanto pelo descumprimento de deveres de conduta, desde que efetivamente sejam prejudicados os interesses subjacentes à conexão contratual e o respectivo resultado útil programado. Do contrário, o inadimplemento mínimo não autorizará o exercício da exceção.

Destaca-se que a diversidade de partes no contexto dos contratos conexos não é um óbice à oponibilidade da exceção. É bem verdade que tal fato pode dificultar o reconhecimento em concreto da conexão, mas não a afasta, uma vez que é possível existir, mesmo em relações da espécie, uma função unitária, um resultado útil

[401] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 237.

pretendido com a totalidade dos contratos, funcionalmente interligados, configurando-se, assim, uma correspectividade, em sentido estrito ou amplo.[402]

Segundo a concepção voluntária de correspectividade, desatrelada da tradicional noção de reciprocidade de atribuições patrimoniais, pode-se ainda sustentar o exercício da *exceptio* e de outros remédios sinalagmáticos no âmbito de uma conexão de contratos em que nem todos sejam bilaterais e onerosos. A correspectividade e a onerosidade, assim, caracteriza a ampla relação de coligação, por força da operação econômica que embasa a suprafunção. Seria, por exemplo, o caso do comodato de maquinários industriais envolvidos numa operação mais ampla, pela qual o comodatário assume o compromisso de adquirir insumos do comodante; ou o caso de comodato de equipamento de captação de sinal de antena de TV por assinatura; ou, ainda, a hipótese de comodato de diversos aparelhos de telefonia celular atrelados a um plano corporativo. A interligação funcional entre os contratos permite configurar uma correspectividade suficiente para a oposição da *exceptio* e até mesmo da resolução contratual, podendo o adquirente dos insumos ou usuário dos serviços suspender os pagamentos devidos caso os bens objeto do comodato se apresentem viciados e imprestáveis ao fim a que se destinam.

Registram-se, por derradeiro, diversos casos na jurisprudência brasileira que demonstram a aplicabilidade do remédio em comento às relações contratuais conexas e correspectivas, dos quais merecem destaque, pela adequada fundamentação, as hipóteses de parceria pecuária envolvendo pagamento em cabeças de gado[403] e de

---

[402] Nesse sentido sustenta TAVARES, Willie Cunha Mendes, in *A aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos conexos*, Dissertação de Mestrado, UERJ, Rio de Janeiro, 2007, p. 71, com o seguinte exemplo: "É importante destacar que a existência de partes distintas entre os negócios não é obstáculo para a configuração da coligação em permutação, pois, tendo como característica principal a correspectividade internegocial, o exame do sinalagma é efetivado com base na vinculação pluricontratual e na operação econômica, não sendo obrigatória a coincidência de sujeitos. Isto pode ser demonstrado na aquisição de uma determinada sociedade industrial que fabrica e comercializa um produto sob uma marca de propriedade de uma terceira pessoa. Assim, como condição para a aquisição das quotas sociais dessa sociedade, o comprador também negocia com o proprietário da citada marca a cessão de seu uso por um determinado período. Dois contratos distintos são firmados, no mesmo momento e com o conhecimento de todos, como resultado dessa operação econômica, um de compra e venda das quotas sociais da sociedade industrial e outro de cessão de uso da marca em questão. Vislumbra-se uma coligação em permutação, pois há a necessária correspectividade entre a aquisição da quotas e a cessão da marca."

[403] É o caso da "vaca papel", julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Resp. 419.362 - MS, Rel. Min. César Asfor Rocha, Rel. para acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 17.06.2003, DJ 22.03.2004. No caso, Júlio Pereira Dittamar, por meio de um contrato de permuta, obrigava-se a transferir parte de um imóvel rural para Tufi e recebia desse o pagamento parcialmente em dinheiro, em imóveis e em cabeças de gado. Em contrato conexo, Júlio arrendava as cabeças de gado a Tufi, de maneira que este pudesse permanecer em suas novas terras na posse do gado. Júlio, sem prévio aviso a Tufi, cedeu os créditos decorrentes do arrendamento a Jorge Artuso. Este, diante da falta de cumprimento dos créditos, recorreu à Justiça pleiteando a resolução do contrato. Em sua defesa, Tufi alegou que deixara de pagar o arrendamento porque Júlio não havia efetuado as transferências de parte da fazenda, como combinado na permuta, razão pela qual invocou a exceção de contrato não cumprido. O pedido de resolução foi julgado procedente em primeira instância e, posteriormente, confirmado pelo Tribunal de Justiça

contrato de financiamento coligado a contrato de fornecimento de produtos e outros pactos, celebrados entre distribuidora de combustíveis e posto revendedor.[404]

Apresentadas, assim, as possibilidades de expansão da exceção de contrato não cumprido em virtude da própria ampliação da noção de correspectividade e de sinalagma, no interior de um contrato singular e nas relações contratuais conexas, resta analisar os outros fatores que denotam a vocação expansiva do remédio.

---

do Mato Grosso do Sul. No STJ, o Ministro César Asfor Rocha, relator do caso, não conheceu do recurso, todavia, o voto-vista do ministro Ruy Rosado reverteu a decisão, nos seguintes termos: "Acredito que um contrato feito para pagamento de outro está vinculado a este outro de modo indissociável, por mais que se queira negar esse laço, e se em um existe o inadimplemento, parece bem evidente que esse fato influi sobre o outro contrato, que dele era conseqüência e que pressupunha o pagamento do primeiro. Quero dizer: se o segundo contrato é celebrado como parte do pagamento do primeiro, o inadimplemento deste autoriza a exceção de contrato não cumprido, pelo devedor do segundo, que era o credor insatisfeito do primeiro. Sendo assim, indispensável examinar a alegação de que os contratos foram coligados e que não houve cumprimento adequado no contrato de permuta, a autorizar (ou não) o inadimplemento do segundo (arrendamento)."

[404] Cf. o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Resp. 985.531 – SP, Rel. Ministro Vasco della Giustina, convocado do TJRS, julg. em 01/09/2009, DJ 28.10.2009. No caso, a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga interpôs recurso especial contra acórdão proferido pelo TJSP, noticiando que, em março de 1999, ajuizara uma execução contra Auto Posto Copacabana Ltda. e outros, com base em contrato de financiamento, objetivando o pagamento do valor de R$ 458.464,64. O Auto Posto alegou, entre outros fundamentos, que "ii.a) *a exequente firmou com o primeiro executado, não só o contrato de financiamento que ora é objeto da presente ação executiva (...), mas também "contrato de fornecimento de produtos e outros pactos" (...), contratos esses coligados para um só fim, qual seja: a comercialização de produtos fornecidos com exclusividade pela exequente* (fl. 06); ii.b) *esses contratos atípicos e coligados encerram dezenas de cláusulas com obrigações recíprocas, dentre as quais (...) a obrigação da distribuidora em fornecer todo o combustível necessário e a preço que garanta lucratividade ao posto revendedor* (fl. 06); ii.c) *as relações negociais havidas entre a Ipiranga (exequente) e o Auto Posto Copacabana (executado), vêm sendo discutidas perante a MM. 3ª Vara Cível de Rio Claro (proc. nº 1315/98)* (fl. 07), em sede de ação cominatória; ii.d) *para que o primeiro executado pudesse adimplir com sua obrigação, haveria a necessidade de que a exequente, em primeiro lugar cumprisse com a sua, no entanto, não foi o que ocorreu* (fl. 08); ii.e) *a exequente, com suas práticas comerciais abusivas, deu ensejo ao inadimplemento, porquanto, vem aniquilando a clientela cativa do posto-revendedor, que fica impedido de competir em igualdade de condições com os demais postos de serviços* (fl. 09); ii.f) *para pleitear o pagamento da verba que disponibilizou ao posto revendedor no início dos pactos coligados, deveria provar seu adimplemento aos contratos, o que não é possível em sede de execução* (fls. 09-10)." O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os embargos apenas no tocante à questão dos juros, razão pela qual o Auto Posto manejou recurso de apelação, ao qual foi dado provimento pelo TJSP, restando reconhecida a alegada coligação contratual com obrigações sinalagmáticas. O STJ, por seu turno, negou provimento ao recurso especial interposto pela Companhia Ipiranga, nos termos da ementa: "(...) CONTRATOS COLIGADOS. UNIDADE DE INTERESSES ECONÔMICOS. RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA EVIDENCIADA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXIGIBILIDADE. (...) 4. A unidade de interesses, principalmente econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados. 5. Concretamente, evidenciado que o contrato de financiamento *se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga,* havendo sido firmado com o propósito de *incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no Posto de Serviço Ipiranga,* obrigando-se o Posto revendedor *a aplicar o financiamento recebido na movimentação do Posto de Serviço Ipiranga*, está configurada a conexão entre os contratos, independentemente da existência de cláusula expressa. 6. A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de argüição da exceção de contrato não cumprido. 7. Na execução, a exceção de contrato não cumprido incide sobre a exigibilidade do título, condicionando a ação do exequente à comprovação prévia do cumprimento de sua contraprestação como requisito imprescindível para o ingresso da execução contra o devedor. 8. Recurso especial desprovido."

3.1.1.3 A expansão decorrente da admissibilidade da mora no cumprimento das obrigações negativas.

Uma vez admitida a mora nas obrigações negativas, segundo já sustentado no capítulo anterior, notadamente em contratos de execução continuada, a exceção de contrato não cumprido figura-se remédio aplicável e útil especialmente para a conservação do vínculo, permitindo a defesa do credor e, ao mesmo tempo, estimulando o devedor a voltar a se abster da prática de certos atos, quando o adimplemento tardio se apresente ainda possível de conformidade com os interesses do credor.[405]

Admitida a possibilidade de mora nas obrigações negativas, Giovanni Persico ressalta a viabilidade e utilidade da exceção de contrato não cumprido preferencialmente à resolução[406], de modo a possibilitar a conservação do vínculo. Tratando-se, porém, de inadimplemento absoluto, a exceção será apenas instrumento idôneo para a defesa do credor, servindo de mecanismo preparatório para outra medida mais drástica, que é a resolução do contrato.

Por outro lado, indaga-se se a exceção pode ser exercida quando a prestação devida pelo excipiente seja negativa, um *non facere*. Assim, a suspensão da execução da prestação traduziria uma conduta positiva, um *facere*. Sob a perspectiva do interesse do credor, afirma Lina Geri:

> (...) *non sembra azzardato propendere per una soluzione affermativa del problema, accordando l'exceptio a favore del debitore di prestazione negativa, per lo meno tutte le volte in cui la sospensione dell'altrui pretesa non osti alla sia pur tardiva realizzzione della situazione prevista, in quanto essa rimanga solo temporaneamente (e quindi parzialmente) inattuata e ciò non alteri l'interesse al conseguimento di una prestazione benché (eventualmente) ridotta.*[407]

Sustenta-se, assim, a aplicabilidade da exceção em caso de inadimplemento de obrigação negativa, assim como para suspender obrigação negativa a cargo do excipiente, tanto em contratos de execução imediata quanto de execução continuada, uma vez que o remédio tem uma função essencialmente suspensiva e sua *ratio* consiste em manter a posição de equilíbrio entre os contratantes.[408] Nesse sentido, afiguram-se

---

[405] É também o entendimento dominante nas doutrinas italiana e alemã, segundo demonstra SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 93.

[406] PERSICO, Giovanni, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 72 e ss.

[407] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici...*, II, cit., p. 67.

[408] PERSICO, Giovanni, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., p. 74. No tocante às obrigações instantâneas, esclarece o autor, em tradução livre: "(...) fazendo valer a simples exceção de inadimplemento o contrato não fica ainda

possíveis ambos os remédios sinalagmáticos da exceção e da resolução, sendo que a primeira, de caráter suspensivo, "pode ser até um adminículo à utilização posterior da segunda, de caráter extintivo".[409]

3.1.1.4 A expansão decorrente da admissibilidade do inadimplemento antecipado e da perspectiva não estritamente patrimonialista do risco de descumprimento.

Como já explicitado no segundo capítulo, a existência de um termo em benefício do devedor não significa que a prestação não possa se tornar exigível antes, quando aquele termo já não cumpra a sua função, isto é, quando o interesse do credor tenha sido lesado antes de sua ocorrência. E o mesmo se aplica relativamente à condição suspensiva. Com efeito, admitindo a exceção de contrato não cumprido como reação ao inadimplemento antecipado, Serpa Lopes assevera:

> Pergunta-se: é admissível, no nosso Direito positivo, acolher-se uma tal modalidade de vencimento antecipado da obrigação, possibilitando a invocação da *exceptio* contra um credor / devedor que exige do outro contratante o seu crédito, depois de haver declarado peremptoriamente o seu propósito de não adimplir a prestação futura que lhe incumbe? Não dispomos, na verdade, de um dispositivo legal que nos facilite uma interpretação por analogia, como acontece no Direito positivo italiano. Cremos, entretanto, que isso não é obstáculo à aplicação de um princípio que não vulnera a estrutura jurídica do nosso Direito, pois nenhuma disposição existe que se possa considerar oposta a essa forma de vencimento antecipado.[410]

Também Lina Geri aponta para a utilidade da *exceptio*, com sua função conservativo-cautelar, nas situações de inadimplemento antecipado, especialmente em situações de efetivo e fundado perigo de lesão aos interesses envolvidos na relação contratual, resguardado sempre o controle de legitimidade pelo filtro da boa-fé objetiva.[411]

No tocante às hipóteses de mero risco de descumprimento, a exceção de suspensão é prevista no artigo 477 do Código Civil para as situações específicas de

---

resolvido e o excipiens poderá também exigir a seu turno o adimplemento, propondo-se, por exemplo, a destruir tudo quanto foi feito em violação à obrigação."

[409] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 269. Citando R. CASSIN, o autor exemplifica algumas hipóteses de obrigação negativa que pode ser suspensa pelo excipiente: "o comerciante que vendeu à vista coisas móveis com o ônus para o adquirente de retirar a mercadoria e transportá-la é unicamente responsável por uma obrigação de abstenção, principalmente se forneceu as chaves do local onde a mercadoria se encontra depositada. Um outro exemplo pode ser apontado no caso de cessão de clientela, em que o cedente se haja obrigado, mediante prestações periódicas, a não instalar nas proximidades do estabelecimento vendido um negócio congênere."

[410] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 293.

[411] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici...*, II, cit., p. 53.

mutação patrimonial que representam risco de insolvência.[412] Critica-se tal formulação restrita às hipóteses de deterioração patrimonial, por deixar de considerar a relação obrigacional em sua complexidade, justamente porque, tendo em vista o conceito de *prestação devida* sob uma perspectiva funcional, o risco de descumprimento pode advir de fatos outros, tais como a não satisfação de deveres secundários de prestação ou de deveres de conduta, ou, ainda, a perda da habilidade necessária ao adimplemento da prestação.[413]

O risco de descumprimento, portanto, deve referir-se substancialmente à *prestação devida*, tendo em mira a probabilidade de lesão dos interesses concretos envolvidos na relação obrigacional. Referindo-se à limitada aplicação tradicional do artigo 477 do Código Civil, e atentando para a possibilidade de expansão da exceção de suspensão, Anderson Schreiber pondera:

> Não há dúvida de que o pressuposto expressso da norma, repetida de forma particular na disciplina de diversos contratos específicos (e.g., arts. 495 e 590), consiste na diminuição superveniente no patrimônio de uma das partes. Cumpre, todavia, assegurar, por analogia, idêntico efeito também a outras situações de elevada probabilidade de inadimplemento. Tal construção parece oferecer, diferentemente da usual assimilação com o inadimplemento – denunciada já na terminologia *antecipated breach of contract* -, a genuína vantagem de substituir o exercício do direito de resolução (conseqüência do inadimplemento) por um remédio menos drástico, e mais compatível com a situação de incerteza que ainda pende sobre o cumprimento da prestação no termo futuro, autorizando o contratante tão-somente "recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la".[414]

Como já se observou, considerando-se a resolução contratual como o efeito mais incisivo do inadimplemento antecipado, a ser operado apenas quando já não seja possível ou viável a realização do resultado útil programado, alarga-se sensivelmente o campo de atuação dos remédios dilatórios como as exceções contempladas nos artigos 476 e 477 do Código Civil. Isso porque, mesmo diante de manifestações do devedor no

---

[412] CC/2002: "Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.
Art. 495. Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado.
Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica."

[413] Aline de Miranda Valverde TERRA, cit., p. 187, assim exemplifica tais situações: "Imagine-se a empresa de construção civil que, um ano e meio antes do termo ajustado para entrega da obra, sequer iniciou as escavações necessárias à colocação das fundações. Ou então o devedor que, contratado para fabricar móveis para o credor, começa a alienar as máquinas necessárias à produção, ou ainda o pianista que fratura o braço um mês antes da data do concerto para o qual fora contratado. Em todos esses casos, não se pode afirmar, categoricamente, que o devedor não conseguirá adimplir a prestação no termo ajustado, mas o contrário, tampouco, se pode garantir. Tratam-se de situações que suscitam dúvidas quanto à efetiva possibilidade de adimplemento da prestação."

[414] SCHREIBER, Anderson, A tríplice transformação do adimplemento..., cit., p. 13.

sentido de não querer adimplir ou de condutas que o denotem, as circunstâncias concretas podem indicar a persistência do interesse tanto do devedor quanto do credor no adimplemento, se ainda possível a prestação.

Pelas considerações até aqui expostas, buscou-se demonstrar a vocação expansiva das exceções de contrato não cumprido e, por conseguinte, a improcedência da tradicional excepcionalidade que se atribui à autotutela contratual.[415] É preciso, ainda, investigar os limites e os mecanismos de controle do exercício do remédio.

3.1.1.5 Limites e controle do exercício das exceções de contrato não cumprido.

A compreensão da *exceptio* como instrumento de autotutela sob uma perspectiva constitucionalizada conduz à suscetibilidade da figura ao controle de abuso e às conseqüências jurídicas dele decorrentes, contratualmente ou legalmente previstas, inclusive perdas e danos, como afirma François Terré:

> *C'est une voie de justice privée. Celui qui invoque l'exception d'inexécution le fait sa propre autorité, sans décision préalable du juge. Chaque contractant n'est cependant pas livré à l'arbitraire de son partenaire. Il peut, en effet, saisir le juge pour faire constater que l'exception d'inexécution lui a été opposée a tort, les conditions n'en étant pas réunies, et obtenir des dommages-intérêts. En bref, le juge n'a pas à autoriser le recours à l'exception d'inexécution, mais peut contrôler la régularité de son exercice*.[416]

Assim, o princípio da vedação ao abuso determina a reprovação da exceção quando o excipiente vise, de maneira oblíqua e contrária à função do instrumento, forçar o devedor a satisfazer uma vantagem ou prestação diversa da contratualmente estipulada.

É ainda importante para o controle do exercício da figura que sejam avaliadas as condutas do excipiente e do excepto de conformidade com a boa-fé objetiva, considerando-se eventuais dificuldades encontradas pelo devedor no intuito de cumprir a sua prestação e o seu empenho na tentativa de adimplir. Assevera-se que o uso do remédio pode se tornar ilegítimo quando o excipiente torna impossível a própria

---

[415] Como observa ADDIS, Fabio, La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo, in VETTORI, Giuseppe (a cura di), *Remedies in contract – the common rules for a european law*, cit., p. 11, considerando a operatividade da *exceptio* em função do equilíbrio sinalagmático, tanto o problema da aplicação analógica quanto o da excepcionalidade da autotutela não desempenham qualquer papel relevante.

[416] TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 623.

prestação, frustrando o interesse do outro contratante de modo irremediável, do que seria exemplo a oposição da exceção para a recusa de obrigação de não fazer.[417]

À luz da boa-fé, a exceção também será ilegítima se o inadimplemento for mínimo, recorrendo-se, nesse aspecto, à já explicitada noção funcionalizada de adimplemento substancial, que, da mesma forma como pode ampliar, também pode limitar a exceção, faltando a necessária proporcionalidade da reação pela via da autotutela.[418] Como meio de pressão que é, a exceção não deve se tornar mecanismo de chantagem e tampouco deve ser despropocional à lesão. Segundo Serpa Lopes, a *exceptio* não deve ser admitida "quando importe numa desproporção entre a prestação

---

[417] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 157 e ss. Sobre a possibilidade da exceção pelo devedor de obrigação de não fazer, desde que tal não impossibilite definitiva e irrecuperavelmente o interesse e o resultado útil pretendido pelo outro contratante, vide item 3.1.1.3.

[418] Nesse sentido, é emblemático o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Resp. 981.750, julg. em 13.04.2010, DJ 23.04.2010, da lavra da Min. Rel. Nancy Andrighi, de cujo voto extrai-se o trecho: "(...) III. Da exceção de contrato não cumprido (violação ao art. 476 do CC/02). Afirmam os recorrentes que, tendo deixado de cumprir obrigação assumida por ocasião da assinatura do contrato de venda e compra da Tecnopar Ltda., consistente no pagamento de dívidas da empresa frente ao Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. e à Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, não poderiam os recorridos exigir da parte adversa o implemento de suas obrigações contratuais. Conforme leciona Pablo Stolze Gagliano, a exceção de contrato não cumprido constitui "*meio de defesa, pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode arguir que deixou de cumpri-lo pelo fato da outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente* " (Novo curso de direito civil, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2009, p. 261). Trata-se de exceção substancial, que suspende a pretensão do autor de exigir a prestação pactuada, diante da alegação do réu de não haver recebido a respectiva contraprestação. O entendimento assente da doutrina é de que a exceção de contrato não cumprido só se aplica aos contratos sinalagmáticos, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro. Orlando Gomes ressalva que tal exceção "*somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação*", acrescentando que "*estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará a que lhe corre*" (Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2007, p. 109-110). Em outras palavras, aquele que detém o direito de realizar por último a prestação pode postergá-la enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. Todavia, a recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da argüição da exceção quando o descumprimento do contrato é parcial e mínimo. Caio Mário da Silva Pereira anota que "*sendo o instituto animado de um sopro de equidade, deve à sua invocação presidir a regra da boa-fé, não podendo erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado* " (Instituições de direito civil, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 12. ed., 2005, p. 160). Na hipótese específica dos autos, os recorrentes afirmam que "*o autor não cumpriu suas obrigações contratuais*", admitindo que este foi constituído em mora "*através do Ofício de Títulos e Documentos competente, isto em 26/08/2004* " (fls. 67). Ocorre que o contrato foi celebrado pelas partes em 28.08.2003, data em que já era exigível a obrigação dos recorrentes quanto ao bom funcionamento do sistema U-LOCK, consoante cláusula 2ª, § 2º, do instrumento, transcrita na sentença (fls. 364). Ademais, constatados os defeitos no sistema, os recorridos entraram em contato com os recorrentes, vindo inclusive a ser realizada reunião, em 10.08.2004, com a presença das partes e do próprio fabricante do equipamento, durante a qual, segundo consta da sentença, "*foram identificados os problemas apresentados no sistema (...) e propostas soluções para os mesmos*" (fls. 363). A sentença também salienta que a perícia técnica realizada confirmou que "*os aludidos defeitos são oriundos do projeto do sistema*" (fls. 366). Portanto, tem-se em suma que: (i) o contrato entabulado entre as partes em 28.08.2003 previa obrigações sucessivas e alternadas, cabendo aos recorrentes, desde então, a entrega de um sistema livre de defeitos; (ii) mesmo cientes, desde 10.08.2004, das falhas de concepção do sistema, os recorrentes se mantiveram inertes; (iii) após os recorrentes terem descumprido parte substancial da sua obrigação, os recorridos suspenderam parcialmente o cumprimento de suas obrigações, deixando de quitar parcelas de empréstimos tomados pela Tecnopar Ltda. A partir do histórico acima delineado, conclui-se não ser possível aos recorrentes suscitar a exceção de contrato não cumprido, visto que a obrigação que lhes cabia deveria ter sido realizada antes daquela que os recorridos não satisfizeram. Além disso, constata-se que os recorridos pautaram sua conduta na boa-fé, tendo deixado de efetuar o pagamento dos empréstimos já na expectativa de rescisão do contrato, tanto que, menos de um mês após terem sido constituídos em mora, já haviam ajuizado a presente ação. Sendo assim, não procede a alegação de ofensa ao art. 476 do CC/02. (...)."

descumprida e a prestação a ser cumprida".[419] Esta é também a lição de Menezes Cordeiro:

> A excepção de contrato não cumprido, ela própria uma concretização histórica da boa-fé (...) vista manter um sinalagma funcional até as últimas conseqüências. A boa-fé tem, na verdade, dois papéis importantes: o de, através da determinação precisa dos deveres das partes, firmar a estrutura real do sinalagma e o de, sob cominação de abuso, exigir que a excepção seja movida apenas por perturbações sinalagmáticas materiais e não formais.[420]

Não basta, contudo, que o inadimplemento do *excipiens* seja proporcional àquele do devedor. A figura deve ser submetida não apenas a um controle quantitativo, ou seja, relativo à gravidade do inadimplemento e à proporcionalidade entre a parte da prestação inadimplida pelo devedor e a parte da contraprestação recusada pelo credor. Outras considerações, de ordem qualitativa e subjetiva, igualmente devem nortear o juízo de legitimidade da figura, tal como o interesse que cada prestação é destinada a satisfazer e a posição do contratante na relação.[421]

De fato, quanto ao primeiro aspecto, o juízo de merecimento de tutela da exceção não deve se ater à defesa de interesses exclusivamente patrimoniais, mas, também, de interesses existenciais. Deve, outrossim, em observância à igualdade substancial, considerar a situação dos contratantes vulneráveis, que ora podem precisar utilizar o instrumento e ora podem sofrer o seu exercício abusivo, sendo certo que o remédio é aplicável tanto nas relações paritárias quanto nas não paritárias.

A exceção de contrato não cumprido encontra óbice quando contrária à cláusula geral de tutela da pessoa humana, que preconiza, segundo a perspectiva civil-constitucional, a funcionalização dos interesses patrimoniais àqueles existenciais.[422] Trata-se, pois, de um limite que o ordenamento impõe ao exercício de tal instrumento de autotutela, de modo que, numa ponderação, a lesão a um interesse existencial, considerada mais grave, deve ser prioritariamente remediada em relação à lesão a um interesse patrimonial. A questão suscitada remonta à noção de situação jurídica subjetiva, cumprindo lembrar, a propósito, a lição de Perlingieri, especialmente no tocante ao perfil objetivo da situação:

---

[419] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 311.
[420] MENEZES CORDEIRO, António, *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 847.
[421] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 141 e ss.
[422] MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, *passim*.

> A situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais.[423]

Sob esse prisma, considerando-se que os contratos traduzem relações entre situações jurídicas subjetivas, é possível que sejam instrumentos para a realização de interesses não apenas de índole patrimonial, mas também existencial, porque destinados à satisfação de necessidades inerentes à dignidade da pessoa. E a tutela da personalidade pode acarretar algumas conseqüências para o regime contratual, entre elas a ineficácia de cláusulas abusivas e a impossibilidade de se recorrer a determinados remédios em reação ao inadimplemento.

No entanto, com razão afirma Rose Vencelau Meireles inexistir uma distinção fundamental entre a abusividade nos contratos que envolvem situações existenciais e a abusividade que pode ocorrer em quaisquer outros contratos, como os de consumo em geral, sendo relevante considerar que "a presença de situações existenciais aumenta a probabilidade de ser caracterizada concretamente a debilidade e o abuso daquele que possui condições ou posições predominantes".[424] Para nortear a qualificação do interesse como patrimonial ou existencial, é importante aferir a natureza e a destinação do bem - produto ou serviço - objeto da prestação, segundo o paradigma da essencialidade, que, segundo Teresa Negreiros, "sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual".[425] Particularmente no que tange o inadimplemento, foco do presente trabalho, defende ainda a citada autora que "a essencialidade do bem fundamentaria a mitigação das sanções normalmente resultantes da mora ou do inadimplemento contratuais por parte do necessitado"[426], por atingir a dignidade do contratante inadimplente. Entre tais sanções, verificam-se a resolução, que será oportunamente tratada, e a exceção de contrato não cumprido.

---

[423] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 106.

[424] MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 281.

[425] NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, cit., p. 380. Assumindo a utilidade como parâmetro para a classificação econômica dos bens, assevera a autora, p. 392: "não parecem existir razões de ordem metodológica para que a argumentação jurídica, diversamente do que já se verifica em relação à teoria econômica, deixe de explicitar como base para a individualização de certas espécies de bens as necessidades humanas. Pelo contrário, a classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos, tal como aqui proposta, é não só coerente com os critérios hoje já plenamente aceitos, mas, sobretudo, pode ser compreendida com conseqüente à aplicação dos princípios constitucionais, donde provém a sua legitimidade."

[426] NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, cit., p. 470.

Nesse sentido, coloca-se a discussão acerca da possibilidade de um contratante suspender, pelo exercício da *exceptio*, a prestação de serviços considerados essenciais, como o de fornecimento de energia elétrica, de telefonia, de água e gás, entre outros. Doutrina e jurisprudência se dividem em dois posicionamentos: um primeiro que rechaça a suspensão de serviços considerados essenciais, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor[427], e outro que admite a suspensão, também com fundamento na legislação infraconstitucional e em oposição ao uso do direito contratual para a realização de políticas sociais[428], sendo este o entendimento atualmente dominante no Superior Tribunal de Justiça.[429] De conformidade com a orientação prevalecente, a suspensão de serviços essenciais figura-se possível e não abusiva desde que sempre precedida de aviso prévio, de modo que o usuário inadimplente tenha condições de sanar a mora. Neste caso, a prévia interpelação do contratante impõe-se como condição do exercício da *exceptio*, mas, em regra, não é exigida em outras circunstâncias.

A orientação jurisprudencial dominante merece ainda temperamentos quando, mesmo havendo aviso prévio, a suspensão do serviço possa ocasionar lesões graves a usuários em estado inequívoco de miserabilidade[430] ou risco à saúde[431] ou à vida[432] das

---

[427] Cf. STJ, 1ª Turma, Resp. 430.812, Rel. Min. José Delgado, DJ 23.09.2002; Resp. 122.812, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 26.03.2001; Resp. 201.112, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 10.05.1999, sendo este assim ementado: "FORNECIMENTO DE ÁGUA - SUSPENSÃO - INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO – ATO REPROVÁVEL, DESUMANO E ILEGAL - EXPOSIÇÃO AO RIDÍCULO E AO CONSTRANGIMENTO. A Companhia Catarinense de Água e Saneamento negou-se a parcelar o débito do usuário e cortou-lhe o fornecimento de água, cometendo ato reprovável, desumano e ilegal. Ela é obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua, não expondo o consumidor ao rídiculo e ao constrangimento. Recurso improvido."

[428] Cf. STJ, 2ª Turma, Resp. 337.965, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 20.10.2003, e Resp. 525.500, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 10.05.2004, de cuja ementa se extrai: "ADMINISTRATIVO - SERVIÇO PÚBLICO - CONCEDIDO - ENERGIA ELÉTRICA - INADIMPLÊNCIA. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade da partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Recurso especial provido."

[429] O dissenso inicialmente existente entre a 1ª e 2ª Turmas foi resolvido pela 1ª Seção, no Resp. 363.943, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.03.2004, favorável à interrupção do fornecimento de energia elétrica desde que o usuário tenha sido previamente notificado.

[430] Cf. STJ, Resp. 623.322, DJ 30.09.2004, cuja decisão, não obstante tenha acatado a orientação da 1ª Seção para submeter-se à jurisprudência uniformizadora, consignou a ressalva do Rel. Min. Luiz Fux, nos seguintes termos: "(...) 4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal. 5. Deveras, in casu, não se trata de uma empresa que reclama uma forma de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável, de sorte

pessoas. E nem mesmo a existência de cláusula contratual é suficiente para respaldar a medida, o que se demonstra pela reconhecida abusividade da previsão, em seguro de saúde, da suspensão da cobertura em caso de mora do segurado, nos casos de urgência e de extrema necessidade de cuidados médicos.[433] Nessas hipóteses, devido à natureza dos interesses envolvidos, a sanção pelo inadimplemento traduz uma responsabilidade pessoal e não patrimonial, contrariando a norma constante do artigo 391 do Código Civil, segundo a qual "pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor".

Igualmente se entrevê uma mitigação da exceção de contrato não cumprido quando esteja em jogo a dupla essencialidade[434] do bem envolvido, do que são exemplos os serviços prestados à comunidade, de interesse coletivo, como os de hospitais[435], postos de saúde[436] e instituições de ensino.[437] A ponderação de interesses

---

que a ótica tem que ser outra. O direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Imperioso, assim tenhamos, em primeiro lugar, distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. (...)"

[431] Cf. TJMG, 3ª Câmara Cível, Ag. Inst. 1.0707.08.159028-3/002, Des. Albergaria Costa, DJ 27.02.2009, de cujo acórdão se extrai a seguinte ementa: "FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLEMENTO. IDOSO COM PROBLEMAS DE SAÚDE. DÉBITO ANTIGO. EXCEPCIONALIDADE. É possível a antecipação da tutela para manter o fornecimento de água a usuário inadimplente se o débito se afigura antigo e há casos de doenças na família. Recurso conhecido. Preliminar rejeitada. Recurso não provido. (...) No caso específico dos autos, em que os usuários encontram-se doentes, há idosa que sofreu derrame cerebral e menor recém submetido a cirurgia, coaduno com o entendimento acima esposado, no sentido da impossibilidade de interrupção do serviço, pois o débito remonta a período superior a 6 (seis) meses."

[432] Seria o caso registrado por Rose Melo Vencelau MEIRELES, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 287, noticiado pela mídia: "Ocorreu em um bairro da periferia de Fortaleza, onde morava uma senhora de 53 anos, dependente de aparelhos para respirar e de uma sonda para se alimentar, que teve sua conta de luz cotada devido ao inadimplemento no valor de R$ 204,00 (duzentos e quatro reais), o que acarretou sua morte, mesmo depois de a sua filha ter mostrado aos agentes da concessionária a dependência entre a manutenção da vida e o fornecimento de energia".

[433] Cf. STJ, 3ª Turma, Resp. 259.263, Rel. Min. Castro Filho, DJ 20.02.2006.

[434] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 126.

[435] Cf. STJ, 1ª Turma, Resp. 943.850 - SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 13.09.2007, de cuja ementa se extrai o senguinte: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA DE ÁGUA. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 22 E 42 DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR). HOSPITAL. SERVIÇO ESSENCIAL À POPULAÇÃO. PRECEDENTES. (...) - 'no caso dos autos, pretende a recorrente o corte no fornecimento de energia elétrica do único hospital público da região, o que se mostra inadmissível em face da essencialidade do serviço prestado pela ora recorrida. Nesse caso, o corte da energia elétrica não traria apenas desconforto ao usuário inadimplente, mas verdadeiro risco à vida de dependentes dos serviços médicos e hospitalares daquele hospital público. O art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei n. 8.987/95 estabelece que é possível o corte do fornecimento de energia desde que considerado o interesse da coletividade. Logo, não há que se proceder ao corte de utilidades básicas de um hospital, como requer o recorrente, quando existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional' (REsp nº 876723/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 05.02.2007); - 'a interrupção do fornecimento de energia, caso efetivada, implicaria sobrepor, na cadeia de valores tutelados pelo ordenamento jurídico, o contrato de concessão à vida humana e à integridade física dos pacientes. O interesse coletivo que autoriza a solução de continuidade do serviço deve ser relativizado em favor do interesse público maior: a proteção da vida' (REsp nº 621435/SP, 1ª Turma, Relª Minª Denise Arruda, DJ de 19.10.2006); - 'tratando-se de pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Corte a tese de que o corte de energia é possível (Lei 9.427/96, art. 17, parágrafo único), desde que não aconteça indiscriminadamente, preservando-se as unidades públicas essenciais, como hospitais, pronto-socorros, escolas e creches' (REsp nº 654818/RJ, 1ª Turma, Relª Minª Denise Arruda, DJ de 19.10.2006); (...)."

em concreto, portanto, apresenta-se como imprescindível mecanismo para a admissibilidade do instrumento de autotutela, que deve ceder à proteção constitucional do contratante vulnerável quando confrontados os interesses patrimoniais do credor com os existenciais do devedor, afetos à sua integridade psico-física, ou com os interesses da coletividade. No mesmo sentido, propõe Teresa Negreiros que "os contratos que tenham por objeto a aquisição ou a utilização pessoal de bens classificados como essenciais estejam sujeitos a uma disciplina legal de índole tutelar, diversa, neste sentido, da disciplina aplicável às demais espécies de contratos".[438]

Situações há em que a ilegitimidade da *exceptio* não decorre tanto do limite imposto pela tutela constitucional da pessoa, mas por ausência de seus próprios requisitos, do que é exemplo o uso do remédio, com o escopo de suspender um serviço essencial, em decorrência de débitos anteriores de terceiros alheios à relação. Nesse caso, não há propriamente um inadimplemento por parte do contratante que sofre a sanção, inexistindo quebra do nexo sinalagmático.[439] Em outras hipóteses, será o controle de abusividade que tornará ilegítimo o remédio, desviado de sua função de defesa da posição do credor para a consecução de outros fins, tal como a extinção compulsória de um contrato. É o caso, por exemplo, da retirada do padrão de energia elétrica pelo locador como forma de forçar a saída do imóvel pelo inquilino inadimplente, em flagrante exercício arbitrário das próprias razões.[440]

---

[436] Cf. STJ, 2ª Turma, Resp. nº 831.010, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.09.2008, com destaque para o seguinte trecho da ementa: "(...) 3. A interrupção de fornecimento de energia elétrica de Município inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge as unidades públicas provedoras das necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas – por analogia à Lei de Greve – como 'aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população'. 4. No caso concreto, indevido o corte de energia elétrica no posto de saúde municipal porquanto colocará em risco a saúde da coletividade. (...)"

[437] Cf. STJ, 2ª Turma, Resp. 725.955, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 18.05.2007, e Resp. 1.128.831, da mesma Relatora, DJ 25.09.2009, este último assim ementado: "ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR – INSTITUIÇÃO PARTICULAR – RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA – ALUNO INADIMPLENTE. 1. A Constituição Federal, no art. 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional. 2. A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata
do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do art. 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99. 3. O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. 4. O atraso no pagamento não autoriza aplicação de sanções que importem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99); mas a entidade está autorizada a não renovar a matrícula se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas. 5. Recurso especial provido."

[438] NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, cit., p. 470.

[439] Cf. STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 1155026, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 22.04.2010, com a seguinte ementa: "(...) 2. As Turmas da Primeira Seção desta Corte Superior de Justiça firmaram sua jurisprudência em que o atual usuário do sistema de água não pode ser responsabilizado pelo pagamento de débitos pretéritos realizados pelo usuário anterior. Precedentes. (...)"

[440] Cf. TJMG, 1ª Câmara Cível do extinto TAMG, Apelação Cível nº 375.228-5, Rel. Juiz Osmando Almeida, DJ 05.04.2003.

Por outro lado, há que se atentar para o risco de uma evocação vaga da dignidade humana, o que pode esvaziar o seu próprio conteúdo e ainda repercutir contrariamente à ordem pública. São emblemáticas as situações de corte de energia devidos à fraude de medidores, para provocar faturamento inferior ao correto. A questão vem sendo reiteradamente enfrentada pela juriprudência, tendo o Superior Tribunal de Justiça se pronunciado a respeito, entendendo pela possibilidade de suspensão do serviço para evitar lesão à economia pública, desde que o não pagamento dos valores resultantes de fraude seja apurado em processo administrativo, com direito à ampla defesa do consumidor.[441]

Tratando-se de inadimplemento anterior ao termo, cuja configuração pode não ser absolutamente incontroversa na prática, a *exceptio* mostra-se remédio tão útil quanto nas hipóteses de inadimplemento após o termo, mas sujeitar-se-á a um controle maior, eis que, caso configurado eventual abuso, ou seja, não sendo efetivamente comprovado o inadimplemento, mas mero risco de descumprimento, será o *excipiente* considerado o devedor impontual, com todas as conseqüências jurídicas decorrentes. Por essa razão é que, nos casos em que o inadimplemento antecipado se revele incerto ou duvidoso, os princípios da conservação dos contratos e da boa-fé objetiva recomendam, antes de qualquer medida resolutória, extrajudicial ou judicial, e sem prejuízo das exceções sobreditas, a prévia notificação ou interpelação do devedor, a fim de que preste esclarecimentos sobre a sua verdadeira intenção e situação, ou até mesmo para que ofereça garantia do cumprimento. A cautela também recomenda que o excipiente, ao suspender a prestação, proceda ao depósito em juízo, até que o aventado inadimplemento seja reconhecido. O depósito judicial, contudo, não deve ser entendido como *condicio sine qua non* para o exercício da exceção, sob pena de se esvaziar a utilidade de dito remédio de autotutela e sua operatividade extrajudicial.

Existem controvérsias no que diz respeito ao oferecimento de garantia como medida obstativa da *exceptio*. Tradicionalmente se entende que, num contrato bilateral, a constituição de uma garantia, por mais sólida que seja, não fornece ao credor a mesma

[441] Cf. STJ, Decisão proferida pelo Min. Presidente Cesar Asfor Rocha, em 24.06.2010, na SLS – Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1244 – SP, acolhendo as razões sustentadas pela Companhia Piratininga de Força e Luz, no sentido de que impedir o corte do fornecimento de energia elétrica a consumidores que comprovadamente fraudaram os medidores representa lesão à ordem e à economia pública, incluindo a possibilidade de efeito multiplicador. A principal alegação da CPFL foi a de que, ao prevalecer a liminar da Justiça paulista, proibindo o corte, haveria completa inversão de valores, uma vez que seria mais vantajoso ser fraudador do que apenas inadimplente. Isso porque o cidadão que frauda o medidor de consumo de energia não pode ter corte no fornecimento por não pagamento da conta de luz, ao passo que aquele que é apenas inadimplente tem suspenso o serviço de eletricidade e a religação fica condicionada ao pagamento.

segurança que tem ao abster-se de cumprir, bastando pensar, entre outras eventualidades, na existência de créditos privilegiados ou no perecimento e deterioração dos bens dados em garantia. Referindo-se a este como um dos aspectos diferenciadores da exceção e do direito de retenção, Antunes Varela assevera:

> (...) só através da diferença essencial que separa a *exceptio* – instrumento de garantia do cumprimento das obrigações recíprocas integradoras da causa do contrato bilateral – do direito de retenção, que é apenas a garantia do crédito do retentor sobre o dono da coisa, se compreende, como LARENZ justamente salienta, que a *exceptio* não possa ser afastada mediante a prestação de garantias (art. 428º, 2), ao passo que o direito de retenção pode, em princípio, ser afastado mediante prestação de caução suficiente (art. 756º, al. *d*).[442]

Não obstante, tal posição vem sendo temperada ao argumento de que o não reconhecimento, *a priori* e em abstrato, de qualquer garantia como fato impeditivo da *exceptio* não é sustentável, pois pode ocorrer que a garantia oferecida seja efetivamente idônea para preservar a possibilidade de realização dos interesses do credor e do resultado útil programado e, por conseguinte, o próprio vínculo contratual. Nessa linha, adverte Angelo Saturno:

> (...) *Invero, ogni soluzione tipizzata a priori, astratta dalla valutazione dei casi concreti, no riesce a convincere.* (...) *La soluzione corretta appare, piuttosto, quella di non generalizzare, e di giudicare caso per caso, secondo la situazione concreta, lascinadosi guidare dal criterio della "idoneità" della garanzia prestata a soddisfare il legittimo interesse creditorio: giudizio, si ripete, da condurre in concreto, e non in astratto (garanzia sempre idonea, o mai; ipoteca sempre idonea, fidejussione mai).*[443]

E tal garantia, como observa Vicenzo Putortì, sobretudo nas relações interempresariais, não necessariamente se identificam com aquelas típicas, reais ou pessoais, mas podem também traduzir-se em particulares deveres de informação, em limites à assunção de futuros compromissos com terceiros, no dever de conceder outras garantias a terceiros e, mais genericamente, na proibição de praticar determinados atos de disposição. Defendendo uma concepção ampla de garantia, especialmente com vistas à conservação do negócio, à salvaguarda dos interesses envolvidos e a uma melhor distribuição dos riscos na relação obrigacional, sustenta Putortì:

> *Si tratta delle c.d. garanzie negative (negative pledge), le quali mirano a ridurre i rischi per il creditore di dover concorrere con altri soggetti sui beni del debitore (claim dilution) o di dover subire variazioni nella composizione del soddisfatte dalla presenza nei contratti tra debitore e creditore di particolari clausole, quali, ad esempio, quelle con le quali il debitore si obbliga a non concedere per tutta la durata del finanziamento garanzie specifiche a terzi creditori e, nell'eventualità in cui tali garanzie vengano concesse, a costituire garanzie equivalenti a favore del finanziatore*

[442] VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, v. II, cit., p. 581.
[443] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 283.

> *(c.d. pari passu) e le clausole che impongono vincoli all'assunzione di indebitamenti ulteriori, alla distribuzione di dividendi e all'effettuazione di investimenti o di operazioni finanziarie straordinarie*.[444]

Tais soluções, expressão de autotutela porque independentes da esfera judicial, corroboram a dimensão procedimental e funcional da obrigação, permitindo e, mais do que isso, determinando a análise concreta dos interesses envolvidos e de seus reflexos no plano dos remédios. Somente assim é possível oferecer ao interesse lesado uma gama diversificada de níveis de proteção, mediante instrumentos articulados com a situação da relação obrigacional no tempo, com o grau da lesão e com o resultado útil programado.

A incidência da boa-fé objetiva e o fim de assegurar a confiança entre os partícipes da relação obrigacional, procedimentalizada em função do adimplemento, também recomenda, nos casos de risco de decumprimento, a prévia notificação do devedor pelo credor, com o escopo de comunicar sua intenção de se valer da exceção de suspensão prevista no artigo 477, caso aquele não comprove a ausência de risco ou não ofereça garantia suficiente. E, cabe frisar, não desnatura tal remédio como mecanismo de autotutela o depósito judicial da prestação devida até que decisão judicial confirme a alegação do credor, vindo a declarar a existência do risco de descumprimento e a confirmar o merecimento de tutela da suspensão da prestação, operada extrajudicialmente e de maneira unilateral.

Com razão igualmente se afirma que "o reconhecimento da possibilidade de suspender a prestação não se subordina apenas à configuração do risco de descumprimento, mas depende de ponderação dos interesses envolvidos na relação obrigacional".[445] Isso porque, na presença de um interesse existencial, se não se admite, por exemplo, a suspensão de serviços essenciais em casos de inadimplemento relativo e mínimo, com maior razão não se deve admitir a suspensão quando houver apenas risco de descumprimento em face da deterioração da situação patrimonial do contratante.

Fora das relações contratuais, a exemplo das relações de família, a *exceptio* evidentemente não é aplicável, seja pela ausência da imprescindível sinalagmaticidade, seja em razão dos valores essencialmente existenciais que permeiam tais relações. Seria absurdo, por exemplo, um cônjuge separado ou divorciado se negar a restituir um filho ao genitor que detenha a guarda ou prejudicar o exercício da guarda compartilhada ou,

---

[444] PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 224.
[445] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 263.

ainda, prejudicar o direito de visitas em decorrência de dívidas não satisfeitas ou quaisquer outros interesses patrimoniais. O débito por alimentos, por sua vez, justamente por dizer respeito à sobrevivência do credor, tampouco condiz com o remédio tipicamente contratual da exceção de contrato não cumprido.[446]

Traçados os pressupostos, possibilidades de expansão, limites e mecanismos de controle da exceção de contrato não cumprido, cabe enfrentar outro importante instrumento de autotutela contratual pelo inadimplemento, que é o direito de retenção.

[446] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 205.

3.1.2 Revisitando o direito de retenção: as funções do remédio e os problemas de sua natureza e oponibilidade.

Definição corrente da retenção na doutrina é a de "direito do credor, detentor ou possuidor de um bem do devedor conexo com a relação obrigacional, de recusar a restituição de tal bem até o adimplemento do débito".[447] Sua função precípua é a de garantia do credor e coerção do devedor, pressupondo sempre a exigibilidade do crédito.[448] No direito brasileiro, salvo para os casos de retenção por benfeitoriais, não se exige necessariamente a conexão direta entre a coisa retida e o crédito, eis que este pode se referir a outras obrigações derivadas do contrato e não vinculadas às melhorias ou despesas com a própria coisa.[449] Não obstante, a maior amplitude da figura em nosso ordenamento não significa que seja utilizada tanto quanto poderia ou deveria. Por força de um certo receio dos credores, decorrente da tipificação criminal do exercício arbitrário das próprias razões e do assentado monopólio estatal da justiça, a figura parece ser utilizada aquém das potencialidades e utilidades que oferece, como meio idôneo de reação ao inadimplemento.

A relevância da retenção é largamente sustentada, embora sejam poucos os estudos específicos sobre o tema na doutrina brasileira. Como observa Donato Carusi, quase todas as hipóteses tradicionais do direito de retenção correspondem a uma lógica de tutela do trabalho, e mais amplamente da iniciativa econômica, em confronto com o direito de propriedade[450], o que mostra até mesmo o envolvimento da figura com os direitos fundamentais. Especialmente na seara comercial, a importância da retenção é relacionada à necessidade de os credores recorrerem a garantias mais céleres e eficazes, o que dificilmente o penhor e a hipoteca podem oferecer, sendo que a constituição

---

[447] CARUSI, Donato, Ritenzione (diritto di), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2001, p. 3.

[448] Arnoldo Medeiros da FONSECA, *Direito de retenção*, Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 116, define o direito de retenção como "a faculdade, concedida pela lei ao credor, de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detenha legitimamente, além do momento em que a deveria restituir se seu crédito não existisse, e normalmente até a extensão deste".

[449] No ordenamento português, de conformidade com o artigo 754 do código civil, a regra geral do direito de retenção funda-se no princípio do *debitum cum re iunctum*, determinando como pressuposto do exercício do direito "a existência de uma conexão directa e material entre o crédito do detentor e a coisa detida, quer dizer, resultante de despesas realizadas com ela ou de danos pela mesma produzidos". O princípio é afastado em casos especiais de retenção, estabelecidos no artigo 755, como os estabelecidos para o transportador, albergueiro, mandatário, gestor de negócios, depositário, comodatário e beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte.

[450] CARUSI, Donato, Ritenzione (diritto di), cit., p. 4.

destas espécies de garantia real muitas vezes pode até comprometer a recíproca confiança entre os negociantes e a rapidez das transações.[451]

A retenção é considerada forma de autotutela passiva[452], consubstanciando um comportamento negativo de resistência. Não entram em sua estrutura as faculdades de uso e gozo da coisa, nem o poder de aliená-la. Para uma compreensão adequada da figura, é importante não confundi-la com outros instrumentos de autotutela passiva, como a compensação e a exceção de contrato não cumprido. Diverge da primeira por não ser um modo de extinção das obrigações, não exigir a liquidez do crédito (do que é exemplo a retenção por benfeitorias), a homogeneidade das prestações, nem a fungibilidade das coisas. Este último requisito impede, portanto, a compensação de obrigação de dar coisa certa, individualizada, e de obrigação de fazer.[453] O ponto de contato entre compensação e retenção reside apenas na reciprocidade e na exigibilidade dos créditos. Como ensina Perlingieri, a compensação é uma forma de tutela preventiva ou de autotutela do credor, propiciando-lhe escapar do risco do inadimplemento[454], com a satisfação de seu interesse. Ademais, proporciona um "verdadeiro privilégio sem texto, no sentido de que autoriza o credor-devedor, mediante sua atuação *ipso jure*, escapar do concurso, no caso de o devedor falir, ou sobre seus bens instaurar-se um concurso de preferências".[455]

Eventualmente, a retenção pode assumir função satisfativa do interesse do credor, a exemplo do que ocorre com a retenção de valores para fins de compensação de dívidas ou de ressarcimento de danos decorrentes da resolução de contrato. Nestes casos, a retenção pode servir como instrumento da compensação, havendo uma superposição das figuras, ou de meio para o cumprimento compulsório de uma cláusula penal, perdendo a sua função meramente de garantia e coerção. No entanto, tal hipótese não retrata o direito de retenção "propriamente dito", que tem por características gerais

---

[451] INZITARI, Bruno, *Effetti del fallimento per i creditori apud* CARUSI, Donato, Ritenzione (diritto di), cit., p. 4.
[452] BETTI, Emilio, Autotutela (dir. priv.), cit., p. 529.
[453] TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, in *Código civil comentado*: direito das obrigações, vol. IV, coord. Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo, Atlas, 2008, p. 309.
[454] PERLINGIERI, Pietro, Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, in *Commentario del Codice Civile*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 257: "(...) *L'economia degli atti non è fine a se stessa, né si può spiegare soltanto in base alla ragione d'interesse pubblico di evitare il moltiplicarsi delle liti adducendo genericamente l'equità. Essa piuttosto realizza la garanzia del creditore che evita il rischio di adempiere, o dover adempiere, senza ricevere l'adempimento. Sotto questo profilo la compensazione si presenta come una forma di tutela preventiva o di autotutela (...) per chi, temendo l'inadempimento del (suo) debitore-creditore, si rifiuta di adempiere, nei confronti di costui la (propria) prestazione eccependo l'estinzione per compensazione*."
[455] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v. II, 22. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 256.

a provisoriedade, acessoriedade, indivisibilidade e transmissibilidade[456], mas é igualmente admitida, seja por lei expressa ou por convenção, como será visto, sem prejuízo de eventuais limitações e controles que se façam necessários para salvaguardar o uso legítimo do instrumento.

Por outro lado, a retenção distingue-se da exceção de contrato não cumprido por não carecer do nexo de sinalagmaticidade entre as prestações. A primeira figura pressupõe a existência de um contrato com prestações correspectivas ou interdependentes, integrantes do sinalagma contratual. Ao contrário, a retenção pode ocorrer até mesmo em relações não contratuais ou em contratos unilaterais, exigindo-se apenas uma reciprocidade entre as obrigações, isto é, uma conexão da coisa retida com a relação obrigacional respectiva. Correspectividade e conexão, portanto, não se confundem. Ademais, diz-se que o direito de retenção incide apenas sobre coisas, enquanto a *exceptio* se refere a obrigações de prestação de coisas ou de prestação de fatos.

Diversamente da exceção de contrato não cumprido[457], a retenção não pode ser arguída em caso de dívida prescrita. Justifica-se a diferenciação com base no sinalagma funcional que norteia a exceção, a impedir ao excepto a aquisição de um benefício não coberto pelo direito de que é titular, eis que dependente do cumprimento da prestação correlata à contraprestação. Justifica-se, também, pela circunstância de que a exceção não visa tutelar precipuamente a posição do excipiente enquanto credor da obrigação prescrita, mas a sua posição de devedor[458], a fim de justificar o não cumprimento por parte deste, sob pena de se lhe impor uma prestação diversa daquela a que se obrigou. Noutros termos, enquanto a *exceptio* se destina principalmente a proteger o contratante na sua posição de devedor, não sendo diretamente exercida para forçar o cumprimento da obrigação prescrita mas para obstar a qualificação da recusa como mora ou

---

[456] MEZZANOTE, Luisa, *Il diritto di ritenzione: dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, ESI, 1995, p. 143.

[457] Em sentido diverso, entende SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 354: "Se [o credor] fica indiferente ao curso do tempo, sabendo que o seu crédito, digamos, prescreve num momento anterior ao da contra-parte, e se vem a incorrer em prescrição, parece-nos lógico não mais poder socorrer-se da *exceptio n. ad. contractus*, pois dispunha de meios para não incorrer em prescrição e, nada obstante, deixou o seu direito extinguir-se. Não pode valer-se serôdiamente da *exceptio* quando não se utilizou tempestivamente da *actio* de que dispunha." O entendimento, ao nosso ver, merece ser temperado por um necessário confronto entre as condutas do devedor e do credor. Não parece conforme a boa-fé a conduta do contratante que, numa relação fundada na correspectividade, exige do outro o cumprimento da prestação devida depois de ter deixado de satisfazer a que lhe incumbia, buscando oportunisticamente valer-se da prescrição.

[458] Nesse sentido, cf. na doutrina portuguesa PEREIRA, Maria de Lurdes e MÚRIAS, Pedro, Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento, *Revista de direito e estudos sociais*, XLIX - XXII da 2.ª Série, n.ºs 1-4, 2008, p. 187-239.

inadimplemento, a retenção dirige-se à tutela do direito de crédito, com escopo não apenas de garantia, mas, também, diretamente compulsório, visando a constranger o outro contratante ao cumprimento. Orientação diversa contrariaria a própria lógica da prescrição, uma vez assente o entendimento de que o seu principal efeito é justamente impedir que o devedor seja compelido a cumprir o crédito.

Vale atentar, no entanto, que o já explicitado alargamento da noção de sinalagmaticidade, a abranger deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, justamente por ampliar o raio de ação da exceção de contrato não cumprido, parece ter reduzido o âmbito de aplicação da retenção.[459] De fato, se a operatividade da exceção de inadimplemento contemporaneamente concerne a todas as obrigações funcionalmente ordenadas à realização do fim pretendido pelos contratantes, a *exceptio* pode ser utilizada também no caso de não realização de deveres acessórios, entre os quais pode estar incluído o dever de restituir certa coisa. Nessa hipótese, vislumbra-se uma superposição entre as figuras. No entanto, permanece íntegro e autônomo o espaço da retenção sempre que a restituição de certa coisa não for vinculada ao fim precipuamente colimado pelas partes com a celebração do negócio, o que pode ocorrer, por exemplo, no caso em que a obrigação principal já foi devidamente cumprida pelo retentor ou quando o contrato é resolvido ou resilido pelo dono da coisa, ficando pendente o pagamento de algum crédito, isto é, eventual remuneração ou ressarcimento de despesas e prejuízos.

Ademais, ainda que considerada a perspectiva alargada da exceção de contrato não cumprido, vislumbra-se a aplicabilidade da retenção como garantia do ressarcimento de danos derivados da própria coisa, por força dos deveres anexos de proteção que não se vinculam ao fim precípuo da contratação, ou seja, não são imprescindíveis à execução do contrato.[460] Nesse sentido, assevera Donato Carusi:

> *Se, pur nell'ambito di una concezione allargata dell'eccezione di inadempimento, si ritenga ch'essa non sia applicabile all'ipotesi di mancato risarcimento per violazione di obblighi di protezione, un margine di operatività resterà offerto al diritto di ritenzione, in particolare per il caso di danni derivati dalla cosa.*[461]

Pode-se dizer que, nas situações por último mencionadas, a retenção guarda com a exceção de contrato não cumprido uma relação de subsidiariedade, tendo em vista a

---

[459] REALMONTE, Eccezione di inadempimento, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, cit., p. 226.

[460] O exemplo não se aplica aos contratos em que o dever de proteção, especialmente o dever de segurança, seja essencial à execução do contrato, como ocorre no contrato de transporte.

[461] CARUSI, Donato, Ritenzione (diritto di), cit., p. 8.

maior amplitude da primeira, o que, como será demonstrado, não tolhe as possibilidades de expansão da retenção em outros sentidos. Por outro lado, a doutrina contemporânea também registra um alargamento da noção de conexão que caracteriza a retenção. Verifica-se uma tendência em se admitir a possibilidade de recusa da entrega de certa coisa mesmo na ausência de uma ligação direta entre a coisa e a relação obrigacional da qual deriva o crédito do retentor. Seriam, por exemplo, as hipóteses de retenção pelo prestador de serviços autonomamente contratados e de conversão do penhor em retenção, em razão de um novo débito, diverso do que originariamente ensejou a constituição da garantia.[462] Na doutrina italiana, esta segunda hipótese, além de ser admitida expressamente por lei, retrata uma espécie de retenção convencional - cuja admissibilidade será mais detidamente enfrentada no tópico seguinte, fundada na liberdade dos contratantes de vincularem débitos diversos para o fim de estender alguns efeitos do penhor.[463] Justifica-se a extensão com fundamento numa "inerência" entre as relações, apenas aparentemente autônomas. Tal inerência é entendida no sentido de que relações jurídicas individuais podem ser ordenadas e reconduzidas a uma unidade em torno de uma única relação fundamental, identificada a partir da realidade social.[464]

A idéia vem sendo já há algum tempo aceita na Alemanha, onde domina opinião contrária à restrição contida no § 273 do BGB, que requer que as obrigações recíprocas advenham da mesma relação obrigacional. Segundo importante doutrina naquele país, o requisito já se satisfaz simplesmente quando as duas obrigações nascem de uma "relação da vida" unitária e intimamente homogênea, caracterizada por uma "unidade natural", em cuja abrangência a conduta do sujeito inadimplente que exige do outro contratante a sua prestação configura inequívoca violação da boa-fé objetiva. Nesses

---

[462] É a hipótese, não expressamente prevista no ordenamento brasileiro, mas que se mostra admissível, do penhor previsto no artigo 2794, II, do Código Civil italiano, conhecido como "*pegno gordiano*", segundo o qual, em tradução livre, "se o penhor foi constituído pelo devedor e este tem perante o mesmo credor um outro débito surgido após a constituição do penhor e vencido antes que tenha sido pago o débito anterior, o credor tem apenas direito de retenção em garantia do novo crédito".

[463] Nesse caso, não se aplica à retenção a ordem privilegiada conferida ao penhor, como garantia real, no concurso de credores, e não se exige a conexão entre a coisa e o débito. Verifica-se, na realidade, uma conexão por vontade das partes. No contexto do ordenamento italiano, explicita Luisa MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione: dall'autotutela alla pena privata*, cit., p. 161: "*La volontà tacita delle parti può quindi essere fonte di um diritto di ritenzione, ovviamente pattizio, peraltro espressamente previsto dalla norma. Ma, se la norma riconosce effetti – nascita del diritto di ritenere – ad una presunta tacita volontà delle parti, si deve intendere che presuma anche l'esistenza di una 'conessione intenzionale dei contraenti' di legare la cosa data in pegno ad un nuovo debito. La presunzione, sia di una volontà tacita, come di una connessione intenzionale, non deve sembrare arbitraria se solo si considera il primo dei requisiti richiesti dalla norma per la sussistenza del c.d. pegno gordiano: la necessaria identità dei soggetti che costituirono il pegno con quelli tra i quali è sorto il nuovo debito*".

[464] Sobre a mencionada interação entre relação social e relação jurídica, cf. BARBA, A., Ritenzione (dir. priv.), in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1.382; RESCIGNO, Pietro, Obbligazioni (nozioni generali), in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, p. 147; STANZIONE, Pasquale, Rapporto giuridico (Diritto civile), in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 168.

termos, para o exercício da retenção, bastaria uma conexão meramente econômica, e não necessariamente jurídica[465], relacionada a uma coligação contratual em sentido bastante amplo, uma vez desnecessária a correspectividade, diversamente do que ocorre na exceção de contrato não cumprido. A ilustrar essa noção, o artigo 102, § 2º, III, da antiga Lei de Falências estabelecia a retenção em favor do credor sobre os bens móveis em seu poder por consentimento do devedor, nos casos de conexão entre a dívida e a coisa retida, "presumindo-se que tal conexidade entre comerciantes resulta de suas relações de negócios".

Discute-se em sede doutrinária qual a natureza da retenção propriamente dita, ou seja, da retenção com função de garantia. No ordenamento português, a retenção é prevista entre os direitos reais de garantia, a partir do artigo 754 do código civil, inclusive com prevalência sobre a hipoteca e com a possibilidade de o retentor executar a coisa e se pagar à custa do valor dela, com preferência sobre os demais credores.[466] Contudo, registra-se na doutrina portuguesa uma outra espécie de retenção, de natureza obrigacional, não prevista em lei.[467] No ordenamento alemão, há regra de caráter geral[468], da qual é possível inferir a sua natureza pessoal e a função de garantia, enquanto nos códigos civis italiano e francês, assim como no brasileiro, a figura é prevista de forma pontual e fragmentada, não tendo sido incluída no elenco dos direitos reais. Especialmente na doutrina italiana, a figura é objeto de densa problematização, havendo até mesmo a posição extrema de quem lhe nega natureza de direito pessoal ou real, considerando-a como verdadeira pena privada, com função punitiva.[469]

---

[465] Cf., por todos, ENNECCERUS-H. LEHMANN *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 114, o qual cita extenso elenco de decisões proferidas nesse sentido na jurisprudência alemã.

[466] VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. II, cit., p. 579.

[467] PEREIRA, Maria de Lurdes e MÚRIAS, Pedro, Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento, cit., p. 187-239.

[468] "***Section 273** / Right of retention (1) If the obligor has a claim that is due against the obligee under the same legal relationship as that on which the obligation is based, he may, unless the obligation leads to a different conclusion, refuse the performance owed by him, until the performance owed to him is rendered (right of retention). (2) A person who is obliged to return an object has the same right, if he is entitled to a claim that is due on account of outlays for the object or on account of damage caused to him by the object, unless he obtained the object by means of an intentionally committed tort. (3) The obligee may avert the exercise of the right of retention by providing security. The providing of security by guarantors is excluded.*

***Section 274** / Effects of the right of retention (1) In comparison to a legal action by the obligee, assertion of the right of retention only has the effect that the obligor is to be ordered to render performance in return for receiving the performance owed to him (concurrent performance). (2) On the basis of such an order the obligee may pursue his claim by way of execution, without effecting the performance he owes, if the obligor is in default of acceptance.*" Tradução do alemão para o inglês obtida em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html>, acessado em 03/07/2010.

[469] MEZZANOTTE, Luisa, *Il diritto di ritenzione: dall'autotutela alla pena privata*, cit., p. 37. Sustenta a autora: "(...) *allo escopo di autotutelarsi, la norma attribuisce ad un soggetto un diritto autonomo di punire, senza ricorrere all'organo giudiziario. E il diritto di ritenzione, attraverso il meccanismo (previsto dalla norma) del rifiuto della consegna della cosa altrui, configura proprio una pena privata verso chi, proprietario-debitore, ha*

O problema da natureza remete ao dos efeitos da retenção. Em relação ao dono da coisa retida e ao retentor, assevera-se sem maiores indagações que este pode se valer dos remédios possessórios para a defesa de seu direito sempre que for ameaçado ou violentamente privado da coisa por ele retida. Apesar de não poder se apropriar dos frutos, nem vendê-los, pode percebê-los, conservá-los ou restituí-los, ao final, como acessórios da coisa retida. Dificuldade maior suscita o problema da eficácia perante terceiros. Neste particular, aqueles que atribuem à retenção natureza real vislumbram conferir-lhe uma oponibilidade *erga omnes*.[470] Seguindo esse entendimento, Arnoldo Medeiros da Fonseca entende que tal direito atinge: "a) os adquirentes da coisa retida, os credores a título singular do devedor; b) os credores do devedor, podendo estes penhorar o direito do devedor à restituição da coisa retida; c) os credores por hipotecas posteriores à retenção ou ao débito que lhe deu causa".[471] Já aqueles que lhe atribuem natureza pessoal, apegando-se à regra do *numerus clausus* dos direitos reais, afirmam a eficácia da retenção restritivamente perante o proprietário da coisa retida. Há ainda quem, mesmo defendendo a natureza pessoal da retenção, enquanto direito potestativo, admite a eficácia *erga omnes*.[472] A questão tem suscitado profundos debates, que apontam para uma relativização da dicotomia entre direitos pessoais e direitos reais.[473] Como observa Saturno, as considerações formalísticas não podem excluir o reconhecimento da natureza real, inclusive atípica, a figuras já previstas pelo código, como a retenção, pois "*l'eventuale realità di un istituto, infatti, va dedotta dalle indicazioni offerte dal dato positivo, senza preoccuparsi di categorie precostituite, che cristallizano l'esperienza giuridica*".[474]

---

violato una regola di condotta, rifiutandosi di rimborsare al retentore le spese sostenute sulla cosa stessa. Ed è a questo punto che si può individuare la natura giuridica del diritto in questione, il quale, lungi dall'appartenere alla categoria dei diritti reali o dei diritti personali, appare come una tipica ipotesi di autotutela che si attua col meccanismo della pena privata. Né sembra che possono sorgere dubbi sulla natura di tale diritto, il quale, per il solo fatto di rientrare nel diritto all'autotutela (legale como si è detto), non potrà che considerarsi al pari di questa, un diritto soggettivo."

[470] Na doutrina italiana, cf., entre outros, MONTESSORI e CHIRONI *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 15.

[471] Arnoldo Medeiros da FONSECA, *Direito de retenção,* cit. p. 243.

[472] GERI, Lina Bigliazzi, *Profili sistematici..., II*, cit., p. 186.

[473] Cf., entre tantos, STANZIONE, Pasquale, *Rapporto giuridico*, cit., p. 192; GIORGIANNI, Michele, Diritti reali (dir. civ.), in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, 1960, p. 748; GUARNERI, Attilio, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, *passim*. Na doutrina brasileira, por todos, MAIA, Roberta Mauro Medina, *Dos direitos reais à teoria dos bens*: a distinção funcional dos direitos patrimoniais, Tese de doutorado, UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

[474] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 18.

Com efeito, as posições mais recentes em matéria de oponibilidade da retenção tendem a desvincular tal problema daquele, demasiadamente dogmático, da natureza.[475] Propõe-se resolver a questão mais livremente, com base em considerações práticas, buscando-se a eficácia concreta da retenção. Assevera-se que a oponibilidade não constitui uma característica decisiva nem indispensável corolário dos direitos reais.[476] A oponibilidade é aspecto do fato jurídico e, não, da situação subjetiva.[477] O núcleo do problema não é tanto a classificação de cada hipótese rigorosamente como direito real ou direito pessoal, mas a crise da própria distinção[478], uma vez que se perfilam, segundo sua complexidade e dinâmica, relações reais atípicas, verdadeiras e próprias situações mistas que, pondo-se nos confins nebulosos entre direitos reais e pessoais, configuram um *tertium genus*[479] que concilia notas de realidade com relevantes aspectos obrigacionais.[480] É ainda Saturno quem esclarece:

> *Proprio a questa particolare e distinta natura atipico-mista, infatti, pare ascrivibile il diritto di ritenzione, in base alle caratteristiche attribuitegli dalla dottrina tradizionale insieme con quella più recente. Ed infatti, tirando le somme, esso si presenta come un diritto di garanzia inerente al bene, ma, per altro verso, bisognoso della collaborazione del debitore affinché sia soddisfatto l'interesse sostanziale del retentor. (...)*
>
> *Il dolersi di aver identificato una natura mista, pertanto, appare frutto di uno sterile amore per il sistema e per le partizione giuridiche, ritenute preferibili se sono nette e precise. Si disconosce, così, la realtà dell'ordinamento, il quale, avendo creato figure spurie e di confine tra diritti reali e personali, passa per gradi dagli uni agli altri e, come la natura, non facit saltus.*[481]

A questão também remete à importante distinção entre efeito obrigatório do contrato e oponibilidade. Como observa Muriel Fabre-Magnan, "*si le contrat n'oblige que les parties, il doit être, dans sons existence, respecté par tous*".[482] Na doutrina brasileira, Teresa Negreiros dedicou-se ao assunto, concluindo que a oponibilidade do

---

[475] Nessa esteira, F. Semiani BIGNARDI *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 28, liquidou o debate sobre a natureza pessoal ou real como "ocioso", uma vez que em nível prático o que conta é a oponibilidade.

[476] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 140. O autor critica a correlação tradicional das relações reais às absolutas e das obrigacionais pessoais àquelas relativas, nos seguintes termos: "A distinção entre situações absolutas e relativas freqüentemente é identificada injustamente com aquela entre situações reais e situações de crédito. Tal identificação é desmentida pela mesma doutrina tradicional quando especifica que existem direitos não-patrimoniais, os chamados direitos da personalidade, que seriam absolutos apesar de não serem reais." Também para Orlando GOMES, *Direitos reais*, 15. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, "a oponibilidade a terceiros não é peculiaridade dos direitos reais, mas característica de todos os direitos absolutos."

[477] PERLINGIERI, Pietro, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 243.

[478] PERLINGIERI, Pietro, *Profili istituzionali del diritto civile*, cit., p. 243.

[479] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 30.

[480] Assim, observa Jean CARBONNIER, *Droit civil*, v. II, Paris, PUF, 2004, p. 1585, fazendo alusão inclusive ao direito de retenção, que "*certains droits personnels sont mélangés de réalité*".

[481] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 31.

[482] FABRE-MAGNAN, Muriel, *Les obligations*, cit., p. 451. Em tradução livre, "se o contrato não obriga senão as partes, ele deve ser, na sua existência, respeitado por todos."

contrato "não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas de tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige)".[483] Dessa forma, o direito de retenção, quando derivado de uma relação contratual, insere-se no conjunto de direitos oponíveis àqueles que não participaram do contrato, sempre que o credor retentor estiver de boa-fé. E, justamente por força da boa-fé do retentor, é que sequer se cogita a necessidade de registro da retenção.[484] O oponibilidade refere-se, pois, à possibilidade de conhecimento por parte de terceiros, o que traduz uma noção de publicidade em sentido amplo.[485] O direito de retenção será então oponível a terceiros sempre que puder ser conhecido, o que pode ocorrer, por exemplo, simplesmente por meio da posse direta da coisa pelo retentor, de uma notificação ao interessado ou até mesmo pela publicidade do ato jurídico que deu ensejo à retenção, tal como o registro do contrato ou da garantia real.

Superado, assim, o problema da natureza e oponibilidade da retenção, cabe perquirir os seus limites em matéria de concurso de credores. O código civil, em seu artigo 964[486], atribui privilégio especial[487] a diversos créditos que podem ensejar o direito de retenção, mas não correlaciona expressamente tais privilégios ao remédio em comento. Diversamente, no direito italiano é corrente a distinção entre "retenção simples" e "retenção privilegiada", esta última atrelada ao privilégio do crédito, como

---

[483] NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato*, cit., p. 265.

[484] Nesse sentido, observa Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito da obrigações*, cit., p. 981: "Observe-se que o direito de retenção, como os privilégios creditórios, não se encontra sujeito a registro, produzindo efeitos em relação às partes e a terceiros independentemente dele. Tal conclusão mostra-se inequívoca, embora falte norma expressa que a alicerce. É que o direito de retenção resulta directamente da lei e não de um negócio jurídico ou de outro acto de conteúdo singular (assim, de um acto administrativo ou de uma sentença). A sua publicidade encontra-se assegurada pelo próprio texto legal que admite o instituto e pelas situações materiais objectivas ou ostensivas a que se aplica, facilmente reconhecíveis para qualquer terceiro."

[485] Segundo VARGAS, Daniela Trejos, O princípio da publicidade, in MORAES, Maria Celina Bodin de, *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 388, "Em muitos casos, a publicidade se efetiva por meio do registro do ato nos registros públicos, chegando a ser confundida com o próprio ato do registro. Cumpre, no entanto, observar que o registro público é um dos meios de dar publicidade aos atos, mas não é o único. No direito das obrigações, dá-se muitas vezes publicidade às transações por meio da notificação ao interessado. Nos direitos reais, a publicidade das situações jurídicas por vezes se exterioriza pela posse direta."

[486] CC/2002: "Art. 964. Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários."

[487] CC/2002: "Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral."

nos casos de despesas de conservação e melhoria de bens móveis[488] e dos créditos do transportador, mandatário, depositário e sequestratário.[489] A Lei de Falências e Recuperação Judicial, por seu turno, mantendo parcialmente a disposição anterior, inclui entre os créditos dotados de privilégio especial "aqueles cujos titulares a lei confira direito de retenção sobre a coisa dada em garantia".[490] Pela lei, a retenção é um critério geral para a atribuição de privilégio especial. Contudo, a mesma lei, levando a efeito uma necessária ponderação entre os interesses de todos os credores envolvidos, determina a suspensão da retenção em caso de decretação de falência[491] e a considera ineficaz em relação à massa falida[492], transferindo ao administrador judicial a função garantidora até então desempenhada pela retenção. Neste ponto, a retenção também se distingue da exceção de contrato não cumprido, uma vez que a decretação de falência, segundo a lei mencionada, não necessariamente resolve os contratos bilaterais anteriormente celebrados, que podem ser executados e cumpridos pelo administrador

---

[488] "*Art. 2756 Crediti per prestazioni e spese di conservazione e miglioramento*
I crediti per le prestazioni e le spese relative alla conservazione o al miglioramento di beni mobili hanno privilegio sui beni stessi, purché questi si trovino ancora presso chi ha fatto le prestazioni o le spese.
Il privilegio ha effetto anche in pregiudizio dei terzi che hanno diritti sulla cosa, qualora chi ha fatto le prestazioni o le spese sia stato in buona fede.
Il creditore può ritenere la cosa soggetta al privilegio finché non è soddisfatto del suo credito e può anche venderla secondo le norme stabilite per la vendita del pegno."

[489] "*Art. 2761 Crediti del vettore, del mandatario, del depositano e del sequestratario*
I crediti dipendenti dal contratto di trasporto (1678 e seguenti) e quelli per le spese d'imposta anticipate dal vettore hanno privilegio sulle cose trasportate finché queste rimangono presso di lui (1702).
I crediti derivanti dall'esecuzione del mandato (1703 e seguenti) hanno privilegio sulle cose del mandante che il mandatario detiene per l'esecuzione del mandato (1721, 1860).
I crediti derivanti dal deposito (1781) o dal sequestro convenzionale (1802) a favore del depositario e del sequestratario hanno parimenti privilegio sulle cose che questi detengono per effetto del deposito o del sequestro.
Si applicano a questi privilegi le disposizioni del secondo e del terzo comma dell'art. 2756."

[490] Lei nº 11.101/2005: "Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; V – créditos com privilégio geral, a saber: (...)." É interessante notar que a lei nova não repetiu a parte final constante do antigo inciso III, atualmente IV, no sentido de que "o credor goza, ainda do direito de retenção sôbre os bens móveis que se acharem em seu poder por consentimento do devedor, embora não esteja vencida a dívida, sempre que haja conexidade entre esta e a coisa retida, presumindo-se que tal conexidade entre comerciantes resulta de suas relações de negócios." A regra, mitigada pelo antigo artigo 120, que determinava ao retentor a entrega dos bens ao síndico para serem vendidos em leilão, acabava tendo, na prática, os mesmos efeitos da lei atual, ou seja, a retenção não tinha efeito perante a massa falida.

[491] Lei nº 11.101/2005: "Art. 116. A decretação da falência suspende: I - o exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial."

[492] Lei nº 11.101/2005: "Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:
(...) III – a constituição de direito real de garantia, **inclusive a retenção**, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; (...)."

judicial[493], a quem naturalmente é facultado o uso dos remédios contratuais cabíveis, estando igualmente a eles sujeito.

No entanto, uma interpretação sistemática dos dispositivos indicados, alinhada à defendida aplicabilidade ampla da retenção com função de garantia, permite concluir que, salvo os casos de decretação de falência, em que resta ao credor apenas a possibilidade de habilitar-se segundo a classificação de seu crédito[494], o ordenamento não veda a oponibilidade *erga omnes*, pelo que deve ser sempre resguardado o interesse do retentor de boa-fé, seja perante terceiros adquirentes do bem retido, seja perante outros credores do devedor. A própria legislação processual orienta-se nessa direção, estabelecendo a possibilidade de oposição de embargos de terceiro, em cujo âmbito a jurisprudência vem reconhecendo a retenção por benfeitorias.[495]

A retenção, assim, constitui uma verdadeira exceção de direito substancial, podendo ser exercida e alegada tanto no plano extrajudicial quanto judicial, observados, neste último, os pressupostos processuais pertinentes.[496]

3.1.2.1 Aplicações e possibilidades de expansão.

Tendo em vista a ausência de uma disciplina geral da retenção em nosso ordenamento, resta saber se as normas que a estabelecem expressamente são excepcionais ou regulares, e se podem ser aplicadas por analogia. A resposta a ambas as perguntas deve partir, inicialmente, de uma visão crítica do entendimento tradicional segundo o qual a retenção, por prescindir da intervenção estatal, é instituto excepcional,

---

[493] Cf. ROQUE, Sebastião José, *Direito de recuperação de empresas*, São Paulo, Ícone, 2005, p. 225.

[494] Cf. FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova lei de falência e recuperação de empresas*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 288.

[495] Nesse sentido, veja-se o acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Embargos de terceiro. Despacho que, em ação de desapropriação, ante desistência manifestada pelo poder público, após haver transferido a posse do imóvel a terceiro, que nele edificara benfeitorias diversas, determinou a expedição de contra-mandado de imissão de posse em favor dos expropriados. Hipótese em que o aludido mandado não pode ser cumprido antes de indenizado o possuidor de boa-fé pelas citadas benfeitorias. Acórdão que, decidindo em sentido contrário, deixou de aplicar as normas do art. 499, em combinação com o art. 516, do código civil. Recurso provido" (STJ, 2ª Turma, Resp. 4215 – SP, Min. Rel. Ilmar Galvão, DJ 29.10.1990). No mesmo sentido, cf. também: "Processual civil. Embargos de terceiro. Retenção de benfeitorias. Não viola os arts. 744 e 1.046 o acórdão que acolhe embargos de terceiro para assegurar o direito de retenção por benfeitorias. Dissídio não comprovado. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3ª Turma, Resp. 283 – MA, Min. Rel. Cláudio Santos, DJ 28.05.1990). De trecho do acórdão, depreende-se que "o direito de retenção não é privativo do devedor amparado no art. 744 do Código de Processo Civil, sendo legítimo o uso de embargos de terceiro por parte do possuidor de boa-fé (...)".

[496] Segundo NERY JÚNIOR, Nelson, *Código de processo civil comentado*, 9 ed., São Paulo, RT, 2006, p. 745, em comentário ao artigo 744, acerca dos embargos de retenção por benfeitorias, esta "tanto pode ser levantada no processo de conhecimento, quanto nos embargos do devedor", mas "o texto incide nos casos em que não houve decisão sobre a retenção no processo de conhecimento. Caso tenha havido, a reiteração nos embargos à execução significaria infringência à coisa julgada."

dependente de expressa previsão normativa.[497] Nesse particular, releva trazer a lume o significado do princípio da legalidade segundo a teoria da interpretação e aplicação das normas:

> O princípio da legalidade não se reduz ao respeito aos preceitos individuais, implicando, ao revés, de um lado, a coordenação entre eles (além da harmonização com os princípios fundamentais de relevância constitucional) e, do outro, o confronto e o contextual conhecimento do problema concreto a ser regulado, isto é, do fato, individuado no âmbito do inteiro ordenamento – o conjunto das proposições normativas e dos princípios -, de maneira a individuar a normativa mais adequada e mais compatível com os interesses e com os valores em jogo. Portanto, a interpretação é, por definição, lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, finalizada à atuação dos novos valores constitucionais.[498]

Em decorrência dessa concepção, Perlingieri assevera a necessidade de se reelaborar o cânone da interpretação analógica, "falsamente entendida como método apenas subsidiário". Na realidade, "a interpretação é sempre analógica", uma vez que os casos concretos nunca se repetem, dadas as diversidades de natureza temporal, espacial e subjetiva que os envolvem; "a norma requer um intérprete racional que saiba seguir o modelo (extraindo da *figura legal* uma *figura análoga* para o próprio caso), não um intérprete que saiba ser um mero imitador servil". Para tanto, é necessário compreender a *ratio iuris*, ou seja, o princípio que a norma exprime, sempre em cotejo com os demais princípios.[499]

Desse modo, havendo identidade de *ratio*, não há justificativa para se negar a aplicação de certa norma a situações semelhantes não expressamente previstas. E a linguagem dos remédios orienta nesse sentido, mais voltado às formas de tutela de interesses do que propriamente às regras substanciais que prevêem direitos, geralmente associados a determinadas categorias ou confinados a certos tipos. É, portanto, a identificação de uma homogeneidade de interesses que justifica a mobilidade de remédios de um tipo a outro, em consonância com a unidade do ordenamento, cumprindo sempre recordar a lição:

> *La complessità dell'ordinamento nel momento del suo effettivo riscontro, cioè nel momento ermeneutico volto a realizzarsi come ordinamento del caso concreto, non può non risultare unitaria: un insieme di principi e regole individuato dal giudice che, nella totalità del sistema socio-normativo, si accinge doverosamente ad applicare. Sotto questo profilo, che è quello che realmente conta, in una scienza giuridica che è scienza pratica, l'ordinamento, per quanto complesso sia, di qualsiasi*

---

[497] É a opinião de autores como CHIRONI, COVIELLO, RUGGIERO, MESSINEO e D'AVANZO *apud* SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 177.
[498] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 72.
[499] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 75.

> *complessità si caratterizzi, non può che essere uno, anche se risultante da una pluralità di fonti e componenti*.[500]

É importante, contudo, não perder de mira que o recurso à analogia permanece afastado para a interpretação e aplicação de normas penais incriminadoras e excepcionais[501], por força de imperativos estabelecidos pela própria ordem constitucional. De fato, as normas penais são informadas pelo princípio da tipicidade e devem ser interpretadas e aplicadas estritamente, por restringirem a liberdade. As normas excepcionais, por seu turno, inspiram-se "num princípio diverso da regra que caracteriza o sistema"[502] e não se confundem com as normas especiais, que se aplicam a matérias particulares no interior de uma categoria mais geral e que podem ser aplicadas por analogia. Mas, ainda segundo Perlingieri, a excepcionalidade ou especialidade de uma norma não é uma qualidade intrínseca, pois depende do sistema onde está inserida. Ademais, a distinção "é histórica e em contínua evolução na dinâmica do ordenamento"; "não é um '*prius*', mas um '*posterius*', isto é, uma qualificação que se pode atribuir à norma somente depois de ter individuado o seu conteúdo e de tê-lo confrontado com os princípios gerais do ordenamento, de modo que se possa exprimir uma valoração sobre a sua relevância no âmbito do sistema".[503]

Ora, partindo da noção de retenção como instrumento de autotutela, a qual tem fundamento, como já anteriormente sustentado, no princípio da autonomia, é possível então identificar um princípio geral ao qual todas as expressões de autotutela podem ser reconduzidas. Esse princípio, inserido no sistema enquanto complexo normativo, não opera isolado, devendo ser harmonizado com outros que igualmente integram a ordem constitucional. Além disso, entendida a autonomia a partir da noção de liberdade intersubjetiva, a autotutela somente é legítima na medida em que configure reação a uma lesão ou ameaça de lesão *injusta*, ou seja, de um interesse merecedor de tutela. E,

---

[500] PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Tomo primo, Napoli, ESI, 2006, p. 188.

[501] Neste caso, porém, a inadmissibilidade da analogia não deve ser compreendida em termos absolutos. Esclarece Pietro PERLINGIERI, *Nozione introduttive...*, cit., p. 18: "*Sí che non è del tutto esatto discorrere di assoluto divieto di interpretazione analogica, come si fa usualmente. La norma eccezionale, in quanto singolare relazione tra regola e princípi, è applicabile anche analogicamente all'interno del proprio contesto: in tutte le ipotesi ascrivibili a quella relazione o attuazione atipica è giustificabile l'applicazione analogica*."

[502] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 83.

[503] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 84. Assevera o autor: "Qualificar uma norma como sendo regular ou excepcional não é um juízo absoluto. Olhando o sistema normativo para trás, percebe-se que algumas normas, em um tempo tidas como excepcionais (portanto, não aplicáveis por analogia), devem hoje ser consideradas regulares, porque expressões de um princípio geral (portanto, aplicáveis por analogia) se se interpretar o inteiro sistema, acrescentando ou eliminando normas, à luz dos valores emergentes. Ao contrário, normas que em um tempo eram expressão de um princípio geral, em presença de novos princípios e com uma interpretação sistemática do ordenamento, podem tornar-se excepcionais."

especialmente no campo contratual, o juízo de merecimento de tutela deve levar em consideração os limites impostos pelos valores existenciais, bem como a observância dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso e enriquecimento sem causa. Caso contrário, a retenção será ilegítima, por violar a ordem pública e a autonomia alheia.

De tais considerações, é possível inferir que as normas que prevêem expressamente a retenção são regulares, admitindo, pois, a analogia sempre que houver identidade de *ratio*, o que, repita-se, não significa dizer que a respectiva interpretação e aplicação não deva ser legitimada em concreto por uma ponderação entre o princípio que as informa e todos os demais que integram o ordenamento. Sob a perspectiva de uma autotutela constitucionalizada, não soa temerário, como noutros tempos, rechaçar a doutrina e jurisprudência tradicionais, que afirmam a excepcionalidade da retenção à luz de formalismos apriorísticos e dogmatismos a-históricos.

A adequada compreensão da retenção como expressão da autotutela e, por conseguinte, da autonomia, funcionalizada à atuação de interesses merecedores de tutela e ao reforço da confiança negocial, é fundamental para se sustentar a possibilidade de expansão da figura. Nessa linha, Barba defende que "*il diritto di ritenzione costituirebbe puntuale espressione del principio della correttezza nell'esecuzione del rapporto obbligatorio*".[504] E não se refere, para tanto, propriamente à noção de "interpretação extensiva", já superada no contexto da hermenêutica contemporânea, justamente por ser uma variante da interpretação literal. A advertência já havia sido registrada por Carlos Maximiliano, cujas lições se transcrevem:

> Hoje as palavras *extensiva* e *restritiva*, ou, melhor, *estrita*, não mais indicam o critério fundamental da exegese, nem se referem a *processos* aconselháveis para descobrir o sentido e alcance de um preceito; exprimem o *efeito* conseguido, o resultado a que chegará o investigador empenhado em atingir o conteúdo verdadeiro e integral da norma. (...) A relação lógica entre a expressão e o pensamento faz discernir se a lei contém algo de mais ou de menos do que a letra parece exprimir; as circunstâncias extrínsecas revelam uma idéia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito. Mais do que regras fixas, influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o *fim* colimado, os valores jurídico-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade.[505]

Se a autonomia, embasada na liberdade intersubjetiva, é um princípio geral, e se é ela o fundamento precípuo da autotutela, o é também da retenção. Por outro lado, se as

---

[504] BARBA, A., Ritenzione (dir. priv.), *Enciclopedia del diritto*, XL, cit., p. 1.373.
[505] MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 17. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 198.

normas restritivas da liberdade são em regra excepcionais, poder-se-ia até sustentar, ao contrário do entendimento tradicional, que verdadeiramente excepcionais são as normas que proíbem a autotutela e, consequentemente, a retenção. Assim é que, conforme foi explicitado no primeiro capítulo, a norma que tipifica o crime do exercício arbitrário das próprias razões não pode ser aplicada além de seus próprios confins, de modo que, inexistindo arbitrariedade, não há crime nem ilícito. O que não é arbitrário não é excepcional. Não há, portanto, um "princípio geral de vedação da autotutela" e, consequentemente, da retenção.

Há que se ponderar, contudo, a partir de uma interpretação lógico-sistemática e teleológico-axiológica, que, se o princípio da autonomia não é o único e deve ser harmonizado com outros princípios, entre eles a igualdade, os limites da autotutela e, consequentemente, da retenção tampouco são excepcionais. Não se trata de uma relação entre regra e exceção, mas de uma necessária ponderação dos interesses envolvidos na relação contratual, para que se possa aferir a legitimidade do uso ou da estipulação do instrumento. Nesse sentido, sob uma perspectiva constitucionalizada, o juízo de merecimento de tutela da retenção deve ser orientado por razões de eqüidade, haja vista o desequilíbrio contratual gerado pelo inadimplemento. Deve, outrossim, levar em consideração a posição de vulnerabilidade de um dos contratantes, em relações originariamente não paritárias, a exemplo de grande parte das relações de consumo e de locação. Todavia, como adverte Saturno, a eqüidade não é em si mesma um princípio geral e abstrato, mas o resultado da ponderação dos interesses concretos do retentor e daqueles do devedor, de modo que as razões do primeiro justifiquem o sacrifício imposto ao segundo. É necessário reportar as posições do proprietário e do credor aos princípios em que se fundam, para estabelecer qual seja aquele axiologicamente predominante.[506]

Em tese e *a priori*, a resposta do ordenamento não deve ser negativa à liberdade, o que reforça a atualidade dos antigos brocardos segundo os quais "em todas as coisas, maior favor se atribua à liberdade" e "toda vez que seja duvidosa a interpretação de texto concernente à liberdade, no sentido da liberdade se resolva".[507] O que cumpre ao ordenamento é estabelecer limites e meios de controle, sempre que a autotutela violar ou puder violar a ordem pública ou a liberdade alheia.

---

[506] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 186.
[507] Cf. MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica*..., cit., 231.

Portanto, entende-se admissível a retenção por analogia, sempre que houver identidade de *ratio*, em contratos para os quais não haja previsão expressa da figura, como meio de garantia e de coerção do pagamento da remuneração devida, ou de despesas realizadas durante a execução do contrato ou ainda de indenizações de prejuízos decorrentes da execução ou da extinção do contrato, seja a extinção decorrente de cumprimento da obrigação principal, de invalidação ou de resolução. É a identidade de *ratio*, consentânea com a ordem constitucional, o elemento capaz de conferir unidade à figura da retenção, fragmentada em dispositivos esparsos pela legislação.

Note-se que, nos casos de indenização de benfeitorias, sequer faz-se necessário o uso da analogia, pois há o princípio geral extraído da regra contida no artigo 1.219 do código civil, que estabelece o direito de retenção em favor do possuidor de boa-fé, cuja *ratio* é a tutela constitucional do trabalho e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Por conseguinte, pode ser utilizado independentemente de norma específica, em quaisquer contratos cuja disciplina especial seja omissa a respeito. Mas, mesmo no que tange tal norma expressa, ainda é possível vislumbrar a extensibilidade da figura, ante a equiparação, freqüentemente empreendida pela jurisprudência, das benfeitorias às acessões, apesar da tradicional distinção entre os dois conceitos.[508]

Importa responder, outrossim, se a retenção pode ser convencionalmente estipulada, além das hipóteses legais, uma vez assentado que a autonomia não é apenas fundamento da autotutela, mas, também, em alguns casos, meio para a criação de "remédios". A resposta depende da função da figura. Com já dito, a função precípua e comum da retenção propriamente dita é dúplice, de garantia e coerção, o que se depreende das normas que a estabelecem expressamente. Nessa hipótese, o uso da analogia parece ser suficiente para respaldar a medida, embora nada obste que seja a mesma reafirmada por prévia convenção entre as partes, reforçando-se a confiança

[508] Registra-se o acordão do Supremo Tribunal Federal, proferido ainda em 1965, assim ementado: "BENFEITORIAS. ACESSÕES. RETENÇÃO. A RETENÇÃO TAMBÉM PROTEGE O POSSUIDOR, QUANTO AS ACESSÕES, QUE SÃO BENFEITORIAS EM SENTIDO LATO (C. CIV., ART. 516)" (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Victor Nunes, Recurso Extraordinário nº 45274, DJ 01.12.1965). No Superior Tribunal de Justiça, cf. Resp. nº 98191 – SP, DJ 09.03.1998, e 59.669-6 – RS, DJ 13.06.1995, ambos da 3ª Turma, e Resp. nº 739 – RJ, DJ 10.09.1990, 4ª Turma, este último com referência às acessões industriais. Mais recentemente, cf. o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná: "APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE URBANO. RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. BOA-FÉ PRESUMIDA. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE ACESSÃO E BENFEITORIA, NO CASO. CONTRA-RAZÕES INTEMPESTIVIDADE. RECURSO PROVIDO. Na rescisão de compromisso de compra e venda de loteamento, estando o comprador de presumida boa-fé, eis que não foi outro o objetivo da avença, tem direito à retenção pela casa que construiu no imóvel, não havendo razão para tratamento diferenciado de acessões e benfeitorias, de acordo com precedentes do STF e STJ" (TJPR, 1ª Câm. Cível, Apelação cível nº 138179-3, Rel. Min. Dilmari Helena Kessler, DJ 15.04.2005).

negocial. Contudo, ainda que tal prévia convenção não exista, é a lei que legitima o uso da retenção. Caso nem mesmo a analogia seja suficiente para justificar a figura, o que é pouco provável, entende-se possível a retenção convencional com função de garantia, legitimada pela própria autonomia privada, a partir do consenso inequívoco de ambos os contratantes. Embora a questão não seja isenta de controvérsias, em razão da tradicional concepção da retenção em caráter excepcional e típico, registram-se posicionamentos favoráveis à retenção convencional mesmo por parte de quem compreende restritivamente o instituto.[509]

Diversa deve ser a orientação para a retenção com função satisfativa, que é função extraordinária da figura, dependente do prévio consenso de ambos os contratantes, sempre que a lei não a preveja expressamente.[510] Nesta, a estipulação contratual não só é possível, mas necessária, porque tal modalidade de retenção não se presta apenas ao fim conservativo-cautelar, implicando ingerência na esfera jurídica alheia para a satisfação definitiva dos interesses do credor. A possibilidade de retenção convencional com função satisfativa (e tanto mais a de retenção com função de garantia) é confirmada pela ampla admissibilidade da compensação voluntária ou convencional[511], que a doutrina correlaciona à liberdade de contratar.[512] Nessa hipótese, o princípio da boa-fé objetiva impõe a necessidade de prévio consentimento do devedor, no momento da celebração do contrato ou posteriormente, de forma a evitar surpresas e constrangimentos, ou até mesmo o enriquecimento sem causa ou a configuração de apropriação indébita. Ademais, o uso do instrumento deve ser igualmente limitado e controlado, conforme será demonstrado adiante.

---

[509] É o entendimento, por exemplo, de Luiza MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione: dall'autotutela alla pena privata*, cit., p. 63, para quem a retenção convencional não seria propriamente o direito de retenção previsto em lei, com as suas peculiares características, mas uma "faculdade", regulada pelo acordo das partes e com efeitos limitados a estas.

[510] Adiante serão tratados os casos de retenção satisfativa, especialmente nos contratos de mandato e de depósito.

[511] Como esclarecem TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, *Comentários ao código civil*, cit. p. 306, "Admite-se, ainda, que a compensação derive de convenção entre ambas as partes. Como fruto da autonomia privada, a compensação convencional independe dos requisitos trazidos pelo Código Civil, podendo abranger, por exemplo, dívidas ainda não vencidas." Ainda sobre a compensação voluntária como instrumento de autotutela, cf. PETRONE, Marina, *La compesazione tra autotutela e autonomia*, Milano, Giuffrè, 1997.

[512] Assim, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito civil*: obrigações, São Paulo, Atlas, 2008, p. 294. Observa o autor: "A doutrina sustenta a possibilidade de, a exemplo do que ocorre nos casos de acordo de exclusão da possibilidade da compensação, em simetria, ser ajustada a convenção em hipóteses não contempladas em lei. Assim, os sujeitos obrigacionais podem, por mútuo consenso, ajustar a extinção recíproca de obrigações ilíquidas ou de prestações reciprocamente não fungíveis. A compensação voluntária (ou convencional) é aquela que se estipula quando não houver os pressupostos de homogeneidade, de liquidez e de exigibilidade da dívidas recíprocas, ou algum destes pressupostos. Ela se baseia na autonomia da vontade que, por sua vez, se relaciona com a noção da liberdade de contratar."

Tratando-se da figura com função de garantia, é possível depreender a sua extensibilidade, confirmada pelo direito alemão, também mediante a conversão em retenção de um negócio jurídico nulo, como nas hipóteses de penhor e de anticrese inválidos pela não observância de seus requisitos legais.[513] Nesses casos, a retenção concretiza o princípio da conservação dos negócios jurídicos, permitindo a manutenção da posse da coisa, mas sem o direito de apropriação dos frutos, inerente às referidas garantias reais, e em colocação inferior na ordem dos privilégios creditórios. Se o direito contemporâneo caminha "no sentido de assegurar os efeitos do negócio celebrado entre as partes, tanto quanto isto seja possível, em um autêntico *favor contractus*"[514], a conversão, em sua acepção substancial e não meramente formal[515], mostra-se um instrumento útil a impedir que se frustrem, ao menos parcialmente, os efeitos pretendidos pelos contratantes com a estipulação de uma garantia real inválida.

Tendo ainda em vista a adminissibilidade da retenção convencional, uma outra possibilidade de expansão da figura, para além das hipóteses legais, diz respeito ao próprio objeto da retenção, tradicionalmente restrito a uma coisa pertencente ao credor, móvel ou imóvel. Numa perspectiva bem mais ampla, registra-se no direito alemão, mediante aplicação da regra geral de retenção constante do mencionado § 273 do BGB, a retenção de documentos, tais como títulos cambiais e de garantia.[516]

Expostas as características gerais da retenção, importa analisar mais detidamente as diversas relações contratuais com o intuito de demonstrar as possibilidades de expansão da figura, sem qualquer pretensão de esgotar as suas aplicações, sobretudo devido à impossibilidade de elencar contratos atípicos.

A retenção é especialmente útil no contrato de depósito - que, por ser unilateral[517], não admite a exceção de contrato não cumprido - como garantia do

---

[513] A possibilidade é ilustrada por Angelo SATURNO, *L'autotutela privata*, cit., p. 199, com diversas referências na doutrina e na jurisprudência alemãs.

[514] MATTIETTO, Leonardo, Invalidade dos atos e negócios jurídicos, in *A parte geral do novo código civil* – Estudos na perspectiva civil-constitucional, Gustavo Tepedino (coordenador), Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 336.

[515] Sobre a distinção, cf. DEL NERO, Alberto Schützer, *Conversão substancial do negócio jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

[516] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 89.

[517] Com acerto sustenta Maria Celina Bodin de MORAES, in O procedimento de qualificação dos contratos..., cit., p. 47, quanto à disciplina do depósito, que "o caráter oneroso ou gratuito não acarreta diversidade do tipo (ainda que altere a disciplina do regulamento contratual), sendo irrelevante para a sua caracterização, pois que não torna correspectivas as prestações. De fato, mesmo se oneroso o contrato, o depositário não pode resolvê-lo por inadimplemento da obrigação de gratificação, mas deverá (...) valer-se do direito de retenção sobre a coisa depositada. (...) Com efeito, a elevada responsabilidade conferida pelo legislador ao depositário - e a respectiva repugnância à sua infidelidade -, obriga-o a específicas diligências, mesmo no caso de impossibilidade de guarda, não admitindo tampouco sua liberação por falta de pagamento. Vê-se, claramente, na espécie, a independência das

pagamento de despesas e prejuízos advindos para o depositário. Entende-se por despesas aquelas efetivamente necessárias para o desempenho da função, sob pena de exercício abusivo da retenção. No caso de depósito oneroso, a retenção é bastante abrangente[518], podendo servir de garantia e coerção inclusive para pagamento da remuneração devida, o que não era previsto no código anterior.[519] No tocante aos prejuízos, afirma-se que a responsabilidade do depositante é objetiva, tratando-se de hipótese particular de fato da coisa, exceto nas situações em que o depositário assume o risco sem ressalvas, como ocorre com combustíveis e outros produtos químicos, caso em que não poderia pleitear indenização, sob pena de violação da proibição do *venire contra factum proprium*.[520] A retenção é legítima e não enseja prisão civil, mas, ainda que assim não fosse, até para a retenção ilegítima a prisão civil do depositário já não tem guarida no ordenamento brasileiro, segundo a orientação jurisprudencial mais recente, por força do Pacto de São José da Costa Rica.[521]

Questão que desperta dúvida reside na exigência legal de liquidez das dívidas para o exercício da retenção, uma vez que tal se trata de pressuposto da compensação e, não, da retenção propriamente dita. Numa leitura sistemática de outros dispositivos do código que disciplinam a retenção no âmbito de diversos contratos, o pressuposto da liquidez não é exigido. Comparativamente com outros ordenamentos, a exemplo do português[522] e italiano, a liquidez tampouco é requisito da retenção. A justificativa poderia estar no caráter fiduciário da relação, porém o mesmo traço se encontra no mandato, que não estabelece a mesma exigência. Assim, esta parece fundada numa mera reminiscência formal do código anterior, possivelmente ancorada no entendimento tradicionalmente restritivo do exercício da retenção como instrumento excepcional de autotutela. Contudo, a restrição já não se justifica na ordem vigente, sendo certo que o

---

duas prestações em jogo, as quais, tornando o negócio oneroso, não se mostram, contudo, suficientes a fazê-lo correspectivo."

[518] Em sentido oposto, na esteira da doutrina tradicional que aqui se pretende superar, há quem entenda que a norma é restritiva e excepcional. Cf. ANDRIGHI, Nancy *et alii*, *Comentários ao novo código civil*, v. IX, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 410: "(...) a permissão legal que autoriza o direito de retenção não poderá ser aplicada por analogia ou de forma extensiva para as outras causas de inadimplemento do depositante. Fica claro, poranto, que as hipóteses de retenção (exceção de contrato não cumprido) são *numerus clausus*."

[519] CC/2002: "Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a **retribuição** devida, o líquido valor das **despesas**, ou dos **prejuízos** a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.
Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem."

[520] ANDRIGHI, Nancy *et alii*, *Comentários ao novo código civil*, cit., p. 407.

[521] STF, Recurso Extraordinário nº 466.343 - SP.

[522] Segundo Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito da obrigações*, cit., p. 977, "a existência do direito de retenção também não depende da liquidez do crédito do respectivo titular (art. 757, n. 1 e 2)."

uso de tal remédio será legítimo na medida em que configure uma reação a uma lesão injusta, revele-se conforme à boa-fé e ainda não traduza abusos por parte do depositário. Caso não seja legítimo, evidentemente o depositário terá que assumir todas as conseqüências jurídicas decorrentes, devendo ser responsabilizado por sua conduta. A liquidez, como critério formal não condizente com a retenção, não parece, portanto, ser o critério mais adequado para fins de limitação e controle do instrumento. Não obstante, a exigência da liquidez, se é um entrave injustificado, por outro lado nem sempre impedirá o exercício da retenção, podendo ser suprida pela estipulação de uma cláusula de pré-fixação de perdas e danos, pelo consenso *a posteriori* dos contratantes acerca do valor das dívidas ou pela interpelação extrajudicial para fins de liquidação e constituição em mora.

No que diz respeito ao mandato, o artigo 664[523] estabelece uma retenção que apresenta, mais do que uma função conservativo-cautelar ou de garantia, uma função propriamente satisfativa e bastante ampla, na medida em que a expressão "tudo o que lhe for devido" pode abranger o interesse do *retentor* à remuneração, ao reembolso de despesas e às indenizações de prejuízos decorrentes do exercício do mandato. É interessante notar a concepção abrangente do direito de retenção defendida por Clovis Bevilaqua ainda sob a égide do Código Civil anterior, que não previa a figura tal como disciplinada no atual artigo 664:

> Mais justa é a disposição do Código Comercial, que concede o direito de retenção por tudo quanto ao mandatário fôr devido em conseqüência do mandato. O Código Civil só se refere ao que o mandatário despendeu no desempenho do encargo. A remuneração pelo serviço do mandato e a indenização das perdas sofridas em conseqüência do mandato não merecem a garantia do direito de retenção? (...) O salário e a indenização dos prejuízos merecem a mesma atenção. (...) Não há privilégio, e, sim, aplicação do **princípio de direito**, que concede a faculdade de retenção sempre que há conexão entre a obrigação de restituir a coisa e o crédito de quem a detém.[524]

Já no artigo 681[525], encontra-se a comum retenção com função de garantia e coerção, restrita à posse de coisa pertencente ao mandante e relativa à execução do mandato, tendo em vista, mais estritamente, o reembolso das despesas efetuadas para a execução do encargo e os juros devidos desde a data do desembolso, deixando de incluir

---

[523] CC/2002: "Art. 664: o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em conseqüência do mandato."

[524] BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. V, 10. ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1954, p. 48.

[525] CC/2002: "Art. 681: "o mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu."

os honorários e qualquer outro prejuízo sofrido pelo mandatário. Aparentemente, o segundo dispositivo parece ter se tornado ocioso em face do primeiro, muito mais abrangente[526], mas a diversidade de função da retenção justifica estruturas diversas e, consequentemente, diversas previsões legais. Assim, não se vê propriamente uma "redundância"[527] deliberada do legislador, restando, por outro lado, evidente a sua intenção de proteger de maneira mais ampla, pela via da autotutela contratual, o valor social do trabalho, de caráter constitucional.[528] Para viabilizar a operatividade da retenção, entende-se que, quando a remuneração não tenha sido previamente pactuada, o mandatário poderá adotar os valores mínimos estabelecidos em tabelas de honorários oficiais.[529]

Ainda no que tange ao mandato, importa considerar que também as indenizações de prejuízos[530] sofridos pelo mandatário durante a execução do contrato podem ensejar a retenção, seja com função satisfativa, nos termos do artigo 664, com base na amplitude da própria norma, seja com função de garantia, segundo o artigo 681, uma

---

[526] A vocação expansiva do direito de retenção, especialmente no contrato de mandato, evidencia-se diante da diversa postura assumida pelo código civil de 2002 em relação ao seu antecessor, como observado pela doutrina, em comentário ao citado artigo 664: "o dispositivo do CC, ao encontro de antigas e justificadas críticas, como a de Clovis Bevilaqua (*Código Civil*, p. 60), ampliou a possibilidade de retenção por tudo quanto ao mandatário for devido em conseqüência do mandato. Anteriormente, a retenção restringia-se ao reembolso das despesas que o mandatário houvesse despendido no desempenho do encargo em si (Pontes de Miranda, *Tratado*, p. 77). Agora, ao revés, a garantia estende-se também à remuneração *contratualmente* estipulada." (TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, cit., p. 440).

[527] Entendendo ter havido uma redundância, observa Gustavo TEPEDINO que "o legislador buscou alterar o entendimento até então consolidado, mostrando-se deliberadamente redundante ao destinar outro dispositivo ao direito de retenção, que passou a alcançar a remuneração convencionalmente devida ao mandatário (...)" (TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 440).

[528] A propósito, merece ser transcrito o enfático esclarecimento ainda de Gustavo TEPEDINO *et alii*: "Tal mudança de perspectiva se justifica 'como forma de valorização do trabalho e do crescente prestígio da responsabilidade civil. Afinal, a natureza unilateral do mandato, fundado na confiança, não deve significar o caráter não econômico da atividade do mandatário, sendo certo, ao revés, a relevância do contrato de mandato para as relações patrimoniais privadas. Daí ter se valido o legislador da duplicidade de dispositivos, a evitar a manutenção da tradição interpretativa anterior, e ressaltar o valor social do trabalho constitucionalmente tutelado (CF, art. 1º, IV, e 170, *caput*)' (Gustavo Tepedino, *Comentários*). Na esteira de tal entendimento, aprovou-se enunciado interpretativo na 3ª Jornada de Direito Civil do STJ, de autoria de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, assim ementado: 'Da interpretação conjunta destes dispositivos, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se sua remuneração ajustada e reeembolso de despesas'" (TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 441).

[529] Exemplo é a tabela divulgada pela Ordem dos Advogados do Brasil, de conformidade com a Lei nº 8.906/94. Nesse sentido, cf. LEITE FILHO, Fábio, in *Direito de retenção no novo código civil*, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4035>, acesso em: 22 jul. 2010, para quem "mesmo na falta de acordo expresso a retenção poderá existir desde que se atenha ao mínimo fixado naquela tabela advinda da lei."

[530] Estabelece o artigo 678 do CC/2002: "É igualmente obrigado o mandante a ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua ou de excesso de poderes." Também sobre a obrigação de pagar perdas e danos, mas em caso de revogação do mandato, dispõe o artigo 683: "Quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos." A doutrina é assente no sentido que, mesmo não havendo cláusula de irrevogabilidade, a revogação abusiva do mandato pode ensejar obrigação de indenizar: "Não obstante a faculdade do mandatário de revogar *ad nutum* os poderes, aquele que abusivamente o fizer se sujeita a ressarcir os prejuízos causados ao mandatário" (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v. III, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 352).

vez que não há justificativa para se conferir ao mandatário, tanto a título gratuito quanto oneroso, tratamento diverso e menos benéfico do que o legalmente destinado ao depositário, valendo lembrar que o depósito também é contrato unilateral e *intuitu personae*.[531]

O contrato de comissão, por sua vez, conta com previsão específica de retenção de bens e valores em poder do comissário e pertencentes ao comitente.[532] O artigo 708 do código civil refere-se expressamente à retenção para reembolso de despesas e "recebimento" de comissões devidas. Os juros, apesar de não terem sido previstos expressamente, são admitidos pela doutrina no âmbito de incidência da referida norma.[533] A lógica é a mesma do contrato de mandato, sendo possível identificar duas retenções com funções diversas, ou seja, uma função de garantia ou coerção, se a retenção for de coisa, e uma função satisfativa, em se tratando de retenção de valores. No que diz respeito à indenização de prejuízos porventura sofridos pelo comissário no curso da execução do contrato, bem como às perdas e danos resultantes de dispensa sem justa causa[534], e considerando-se a aplicação subsidiária das regras do mandato ao contrato em comento, por força do artigo 709[535], identifica-se uma vocação expansiva do remédio da retenção, respeitados os mesmos pressupostos já aduzidos para o contrato de mandato. A corroborar a sua caracterização como instrumento de autotutela, aduz Paulo Lobo que "o direito de retenção, como garantia legal, independe de prévia autorização judicial".[536]

Para os contratos de agência e distribuição, o código vigente não estabelece expressamente o direito de retenção, seja para recebimento da remuneração devida, seja para reembolso de despesas a cargo do proponente[537] ou para a indenização de prejuízos porventura sofridos durante a execução do contrato[538] e em razão dele ou em

---

[531] Sobre tais características de ambos os contratos, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v. III, cit..

[532] "Art. 708. Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão."

[533] MARTINS, Fran, *Contratos e obrigações comerciais*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 292.

[534] Cf. CC/2002: "Art. 705. Se o comissário for despedido sem justa causa, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa."

[535] CC/2002: "Art. 709. São aplicáveis à comissão, no que couber, as regras sobre mandato."

[536] LÔBO, Paulo Luiz Netto, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Código civil anotado*, Porto Alegre, Síntese, 2004.

[537] Cumpre lembrar que, diversamente da comissão, a disciplina do contrato de agência de distribuição prevê, no artigo 713, "salvo estipulação diversa", que todas as despesas correm a cargo do agente ou distribuidor.

[538] CC/2002: "Art. 715. O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato."

decorrência da dispensa sem justa causa.[539] Todavia, defendendo-se a expansão da figura, a retenção também deve ser admitida no âmbito de tal contrato, por força da aplicação subsidiária das regras do mandato e da comissão, segundo determina o artigo 721, observados os mesmos pressupostos.

Entende-se que as regras de aplicação subsidiária mencionadas são suficientes para respaldar o exercício de um direito de retenção abrangente, inclusive para a indenização de perdas e danos, por identidade de *ratio* relativamente ao contrato de depósito, como já dito, e como mecanismo de autotutela contratual fundada no princípio da autonomia. Mas, ainda que não houvesse em tais casos a regra de aplicação subsidiária, e considerando-se os casos em que tal regra efetivamente não existe, a solução não seria diversa, haja vista a sustentada possibilidade de aplicação analógica ou de estipulação convencional da retenção, com base no poder de autotutela.

Quanto ao contrato de transporte, a respectiva normativa estabelece o direito de retenção, com nítida função de garantia e coerção, sobre a bagagem do passageiro até que ocorra o pagamento do valor da passagem.[540] A retenção, neste caso, embora com função similar, não se confunde com o penhor legal de que dispõem os hospedeiros e donos de prédio rústico ou urbano, de diversa estrutura.[541] Com base na regra de aplicação subsidiária da normativa do contrato de depósito ao transporte de coisas, quando estas estiverem guardadas ou depositadas nos armazéns do transportador, contida no artigo 751 do código vigente[542], este goza de direito de retenção igualmente abrangente, tanto pela remuneração, quanto pelas despesas e eventuais prejuízos.[543]

A regra, entretanto, somente autoriza expressamente a aplicação da normativa do depósito quando "a coisa estiver guardada ou depositada em armazém do transportador", não fazendo alusão à retenção como garantia da remuneração pelo

---

[539] CC/2002: "Art. 718. Se a dispensa se der sem culpa do agente, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial."

[540] CC/2002: "Art. 742. O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso."

[541] CC/2002: "Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:
I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;
II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas."

[542] CC/2002: "Art. 751. A coisa, depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, rege-se, no que couber, pelas disposições relativas a depósito."

[543] Um exemplo de pré-liquidação da retribuição encontra-se no Regulamento de Transportes Ferroviários – Decreto nº 1.832/96, cujo artigo 27 prevê que o usuário disporá de prazo de armazenagem ou estadia gratuitas, passado o qual sujeitar-se-á à taxa correspondente ao serviço.

transporte em si ou pelas respectivas despesas e danos provocados pela coisa transportada.[544] Assim, questiona-se se os transportadores em geral podem reter a mercadoria transportada até obter a retribuição devida, ante o receio de que tal conduta repercuta implicações comerciais e jurídicas que podem ser extremamente prejudiciais para o próprio transportador. Por outro lado, há a conduta, frontalmente contrária à boa-fé objetiva, daqueles que contratam o transportador e deixam de remunerá-lo ou de ressarci-lo, recorrendo a ações criminais para imputar-lhe a prática de apropriação indébita ante o exercício da retenção. Não obstante, a jurisprudência vem reconhecendo o direito de retenção do transportador, para fins de garantia, dado que demonstra a progressiva aceitação dessa modalidade de autotutela em caráter não excepcional.[545]

Importa considerar que o código comercial de 1850 já admitia a retenção em determinadas hipóteses, especialmente em seu artigo 116, que previa o seqüestro e até a venda judicial dos gêneros transportados para cobrir o preço do frete. O Decreto nº 19.473, de 10.12.1930, que se entende ainda em vigor por força do artigo 732 do código civil vigente, ao regular os conhecimentos de transporte, autoriza expressamente a retenção.[546] O mencionado decreto tem o mesmo pressuposto do artigo 116 do código comercial, prevendo a correspectividade das prestações e o direito de o transportador ser pago no ato da entrega da mercadoria. O artigo 730 do código civil igualmente estabelece obrigações recíprocas e correspectivas[547], o que reforça a possibilidade de exceção de contrato não cumprido, da qual a retenção *in casu* é apenas expressão, considerando-se que a prestação (sinalagmática) do transportador traduz uma obrigação de resultado, não adstrita ao ato de transportar, mas finalizada à entrega da coisa incólume no destino. Tal seria um exemplo de superposição das figuras da retenção e da *exceptio*.

---

[544] CC/2002: "Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência."

[545] "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ILEGITIMIDADE DO TRANSPORTADOR PARA A EXECUÇÃO COM BASE NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE. O transportador não possui legitimidade para figurar no pólo ativo de ação de execução baseado em conhecimento de transporte, pois, este não o beneficia e sim ao remetente ou ao destinatário da mercadoria. O transportador pode se garantir com a retenção da mercadoria, na forma do Art. 2º, VII, do Decreto nº 19.473, de 10.12.1930, ou executar com base no contrato de transporte, boleto de frete ou duplicata de serviço, ou ainda promover ação de cobrança ou monitória. O conhecimento de transporte, também conhecido por conhecimento de frete ou conhecimento de carga, gera deveres ao transportador, comprovando que a mercadoria está em seu poder, e quem pode fazer circular o título de crédito é o remetente ou o destinatário, nunca o transportador, exceto se beneficiado por endosso" (TJRJ, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Augusta Vaz, Apelação cível 2003.001.32870, julg. em 02.03.2004). (grifo aditado)

[546] "Art. 2º. (...) VII - A falta de pagamento do frete e despesas autoriza a retenção da mercadoria."

[547] CC/2002: "Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas."

Uma questão de grande relevância prática diz respeito à possibilidade de o transportador se valer da retenção como meio de garantia e de coerção para o pagamento de fretes anteriores devidamente realizados e não quitados, em razão de contratações diversas celebradas entre os mesmos contratantes. Embora não haja previsão legal, a jurisprudência já reconhece a legitimidade da medida, dando margem à ampliação das hipóteses de retenção como exercício regular de direito e como instrumento de autotutela destinado a reagir contra lesões advindas de inadimplentes contumazes.[548] Haveria nesse caso uma hipótese de conexão contratual entre as mesmas

[548] Nesse sentido, veja-se o importante precedente do extinto 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, cujos fundados argumentos merecem ser transcritos: "Transporte de carga - É permitido que a empresa transportadora, diante de débitos acumulados do cliente que despacha encomendas, retenha as mercadorias que serão enviadas, até que o pagamento se efetive [artigos 99, 108 e 116, do Código Comercial e 730, do novo Código Civil], o que desautoriza a emissão de tutela antecipada reclamada pela expedidora em execução de obrigação de fazer [artigos 461 e 273, do CPC], para que o transporte fosse concluído com urgência - Não provimento. (...) NUTREMIX PREMIX RAÇÕES LTDA. é uma empresa sediada em Monte Alto, interior de São Paulo, e, para aperfeiçoar negócio de venda e compra dos produtos que fabrica, para clientes instalados em Patrocínio, Estado de Minas Gerais e Itumbiara, em Goiás, contratou a transportadora DIRETA BRASIL TRANSPORTE LTDA. para encaminhamento das coisas para esses destinatários. Ocorre que a DIRETA BRASIL comunicou que reteve parte da carga, devido ao não pagamento de faturas anteriores, comunicando que não se responsabilizava por eventuais mercadorias perecíveis [fl. 17]; nessa missiva a DIRETA BRASIL lamenta ter perdido a oportunidade de ceder os direitos do cheque que foi emitido para pagamento do frete, no valor de R$ 3.860,00, por o emitente [sócio da NUTREMIX] ter restrições no mercado que opera com desconto de títulos, justamente por pendências com cheques anteriores que não foram pagos. A NUTREMIX ingressou, então, com execução de uma obrigação de fazer [concluir o itinerário], para que o Magistrado determinasse o cumprimento do contrato de transporte. Pediu e não obteve a tutela antecipada, o que motivou o presente agravo. Decide-se. O artigo 730, do CC de 2002, estabelece as diretrizes do contrato de transporte, que não eram desconhecidas no sistema jurídico. O transportador, com o compromisso de transportar pessoas e coisas, assume uma obrigação de resultado [RUI CELSO REALI FRAGOSO, O contrato de transporte, in 0 novo Código Civil - estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale, LTr., 2003, p. 722], o que eqüivale a afirmar que o dever de executar, bem e fielmente, a prestação, é, sem dúvida, a parcela mais significativa do contrato oneroso. A vantagem do transportador resume-se ao pagamento do frete, que é o preço da contraprestação a ser executada. Esclareceu PONTES DE MIRANDA que freqüentemente "o freguês paga antecipadamente" [Tratado de Direito Privado, Borsoi, 1972, tomo XLV, p. 11, § 4853]. Esses pressupostos do contrato de transporte constam do artigo 99, do Código Comercial, valendo registrar que, pelos artigos 108 e 116, dessa vetusta legislação, os transportadores que não recebiam os valores combinados, tinham possibilidade de exercer direitos sobre a coisa despachada. É preciso dispor que os antigos doutrinadores foram parcimoniosos nos comentários sobre os direitos do transportador, centrando atenção, quase com exclusividade, nas conseqüências do seu inadimplemento e da responsabilidade deles na destruição da carga [BENTO DE FARIA, Código Commercial Brasileiro Annotado, Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1920, 1/120 e DIDIMO AGAPITO DA VEIGA, O amigo e conselheiro dos comerciantes, Casa Laemmert, Rio de Janeiro, 1873, p. 110]. FRAN MARTINS, em obra contemporânea, corajosamente afirmou que o transportador, em caso de não receber o preço, "tem o direito de reter a mercadoria para vendê-la e, com o produto, se pagar" [Contratos e Obrigações Comerciais, Forense, 1977, p. 278]. VIVANTE advertiu que, se a fatura do contrato de transporte não é paga, "o transportador não deve entregar a mercadoria" [Instituições de Direito Commercial, tradução de J. Alves de Sá, Livraria Clássica Editora, Porto, 1910, p. 316, § 153]. Portanto, em sede de se executar uma obrigação de fazer, decorrente de um contrato oneroso, o imediato e forçado cumprimento do fato ajustado depende da prova da contraprestação, sabido que, no contrato de transporte, o não cumprimento, por parte do expedidor, produz o que a doutrina denominou de privilégio ou direito de retenção das mercadorias, previsto no artigo 408 do Código Comercial italiano, segundo comentou ASCARELLI: "Este derecho de retención puede ejercitarse por el porteador contra cualquiera; puede, por Io mismo, oponerse no solo ai cargador y ai consignatárío, sino también ai tercero, eventualmente proprietário de las mercancias" [Derecho mercantil, tradução de Felipe de J. Pena, México, Porrua Hnos Y Cia. Ltda., 1940, p. 411]. Dessa retrospectiva doutrinária decorre que o transportador possui direitos legítimos de reter mercadorias de clientes que não pagam os fretes, tal como foi anunciado pela notificação, devido ao fato de o expedidor acumular débitos, sem contar com a inidoneidade da garantia prestada [cheque de terceiro que não foi possível ceder, em operação padrão do comércio - factoring ou desconto bancário] devido à forte restrição de crédito do emitente, pessoa física relacionada com a empresa que encomendou o transporte interestadual. O jurista português INOCÊNCIO GALVÃO TELLES afirmou o seguinte sobre o direito de retenção

partes, estabelecida segundo critério bem mais amplo do que aquele da correspectividade, que funda a conexão entre contratos com função de permutação. A hipótese enquadra-se entre as espécies de coligação contratual decorrentes da boa-fé objetiva[549], faltando os elementos para a configuração de uma coligação legal ou voluntária. E é justamente a quebra da confiança em relações contratuais sucessivas que justifica a oponibilidade da *retentio* neste caso.

O direito de retenção é também aplicável ao contrato de locação, estando previsto, no código civil vigente, como garantia do pagamento das perdas e danos resultantes da denúncia pelo locador antes do termo final[550], bem como para indenização das benfeitorias necessárias e das úteis autorizadas.[551] É importante destacar, contudo, que o instrumento da retenção, por força dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso, traz consigo certas exigências para o locatário, tais como as obrigações de conservar o bem locado, de restituí-lo ao fim da retenção e de

---

[Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 1982, p. 264]: "Ora, em matéria de responsabilidade obrigacional creio haver um só caso em que se pode afirmar com segurança ser lícita em si mesma a falta de cumprimento. Refiro-me ao caso do direito de retenção. Se o devedor goza do chamado direito de retenção pode deixar de cumprir enquanto o credor não satisfaz determinada dívida que tem para com ele". O direito das obrigações estrutura-se em um princípio de igual magnitude daquele que representa o balizamento dos contratos *[pacta sunt servanda]*, porque a sua ideologia é existir para servir fielmente ao fator responsabilidade das dívidas assumidas. O propósito do sistema obrigacional é o de encaminhar o devedor ao cumprimento, mesmo forçado, de uma obrigação não cumprida, porque os efeitos saudáveis da conclusão produtiva atendem aos interesses comerciais, um estímulo para a perfeita circulação de créditos e riquezas, base de uma economia sustentável [artigo 170, da Constituição Federal]. Todavia, embora o direito das obrigações não descuide da efetiva tutela de crédito, talvez sua principal missão, não opera, no sistema, como se fosse um pêndulo que funciona apenas para essa direção. Para contrabalançar a força da execução coativa, que se faz invadindo o patrimônio do devedor, os juizes protegem o devedor que tem razão, por ser isso uma questão de justiça. O processo justo, que sempre é finalizado com a entrega de uma sentença lógica, costuma encontrar o equilíbrio dos direitos que são disputados, não sendo raro encontrar devedores que saem vitoriosos nesse duelo. Existe proporcionalidade. A tutela antecipada foi introduzida no ordenamento processual para remediar os prejuízos contratuais irreparáveis, mas, em determinadas situações, como a hipótese dos autos, não pode ser aplicada sem o contraditório. A situação contratual não é favorável ao expedidor, que não provou ter cumprido a sua parte no contrato oneroso, de sorte que sem ouvir a parte adversa, não caberia obrigar a transportadora, sob pena de multa [artigos 273 e 461, § 5, do CPC], a cumprir o trajeto, desembarcando as mercadorias como se o frete estivesse pago ou garantido de forma idônea. A retenção de mercadoria, em caso de não se pagar o preço convencionado para o transporte, ê uma reação legítima que se justifica tomar para clientes com dívidas acumuladas. Essa medida não é condenada pela história do Código Comercial, em vigor desde 1850, pelo total desconhecimento de que os transportadores utilizaram, nesse tempo todo, do direito de retenção de carga de forma abusiva ou arbitrariamente. Não convém mudar, mesmo com a tutela antecipada prometendo soluções rápidas. A agravante, em verdade, está exagerando ao pretender que a Justiça, de forma antecipada, mande cumprir a viagem que não se iniciou, como se esse tipo de providência judicial servisse para forçar donos de frotas de caminhões de carga a percorrer longos percursos, com estradas pedagiadas, para entregar mercadorias em outros Estados a destinatários descompromissados de ônus pelo recebimento, excluindo deles a única garantia possível de obter satisfação da retribuição ajustada. Nega-se provimento" (1º TAC de São Paulo, Ag. Inst. nº 1.267.836-1, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julg. em 23.03.2004).

[549] Tal espécie de coligação é proposta por Eduardo Takemi KATAOKA, *A coligação contratual*, cit., *passim*, conforme se expôs no item 3.1.1.2 .

[550] CC/2002: "Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido."

[551] CC/2002: "Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador."

indenizar ao locador os danos culposamente causados à coisa locada. Ademais, como observa Sylvio Capanema, "só pode o locatário exercer o direito de retenção estando quite com as obrigações que lhe competem e, entre elas, a do pagamento do aluguel e de conservação da coisa locada".[552]

Controvérsias existem acerca da obrigação do retentor de pagar aluguel durante o exercício da retenção, bem como do limite temporal desta. Tradicionalmente, afirma-se que, durante o exercício de tal direito pelo locatário, este não é obrigado a arcar com o valor do aluguel, regra que deriva da própria natureza do direito de retenção como instrumento de autotutela e de coação do locador, corroborada pelo princípio da gravitação jurídica estabelecido no artigo 92, segundo o qual "a retenção do bem principal (coisa locada) presume a de seus acessórios, no caso de seus frutos, dentre os quais se destaca o aluguel."[553] Por conseguinte, somente se verificaria a extinção da retenção com o pagamento da indenização, no tempo em que este se der.[554]

Não obstante, tal tradicional orientação merece temperamentos. Se a retenção é "um meio de coerção indireta do locador, motivando-o a cumprir a obrigação indenizatória"[555], o pagamento de aluguéis durante o seu exercício realmente lhe esvaziaria a função, pois o locador não sentiria os efeitos da coerção pretendida.[556] Por outro lado, dizer que não deve ocorrer o pagamento de aluguéis durante a retenção não significa que não é devida uma compensação pelo uso do bem. É mais consentâneo com a noção de autotutela constitucionalizada, em observância aos já mencionados princípios da boa-fé objetiva, vedação ao abuso e proibição do enriquecimento sem causa, o entendimento de que o direito de retenção extingue-se quando o valor do benefício econômico auferido pelo locatário durante o prazo da retenção, com o uso ou fruição do bem, equipara-se ao valor da multa rescisória ou das benfeitorias realizadas[557], restando satisfeito o interesse do credor locatário. E tal compensação não

---

[552] SOUZA, Sylvio Capanema de, *Das várias espécies de contratos*, in *Comentários ao novo código civil*, v. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 530.

[553] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 273.

[554] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 287, para quem "o direito de retenção será exercitado sem limitação temporal. Isso é, enquanto não indenizado o locatário, a retenção será legítima, não importando o decurso de tempo."

[555] SOUZA, Sylvio Capanema de, *Das várias espécies de contratos*, cit., p. 526.

[556] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 287.

[557] Nesse sentido, bem sustenta Sylvio Capanema de SOUZA, in *A lei do inquilinato comentada*, 6. ed., Rio de Janeiro, GZ Ed., 2010, p. 157: "O direito de retenção é uma das reminiscências do velho sistema da autotutela dos direitos, caracaterístico do passado remoto. Ele será exercido diretamente pelo locatário, independente de autorização judicial, embora possa o proprietário a ele se opor, pelos meios judiciais. Uma antiga discussão, nos casos de retenção da coisa locada, diz respeito ao tempo de sua duração. Alguns autores sustentam que, em se tratando de uma medida de coerção indireta, visando compelir o proprietário a indenizar o locatário, ele perdurará

retira da retenção o seu caráter coercitivo, na medida em que o locador permanece privado da posse da coisa de que é titular. Assevera-se, porém, que a compensação com os aluguéis vencidos ou vincendos não é automática quando não são líquidas e certas as prestações recíprocas, sobretudo no tocante às benfeitorias, que dependem da concordância do locador ou de apuração, mediante prova de sua realização, necessidade e custo real.[558]

Neste particular, é relevante ter em vista os possíveis efeitos da retenção. Não obstante as discussões doutrinárias acerca de sua natureza, como já explicitado, vige certo consenso sobre a impossibilidade de o retentor utilizar ou fruir a coisa, haja vista a função de garantia que lhe é inerente.[559] Afirma-se que "reter uma coisa não equivale a servir-se dela; logo, o uso da coisa constitui abuso, porque o credor viola seus deveres, ainda quando este uso não traga consigo o seu desgaste ou destruição".[560] Como conseqüência jurídica da retenção abusiva, há quem defenda a sua extinção e o direito à imediata restituição do bem[561] ou o seqüestro e o depósito judicial.[562] Parece, entretanto, mais acertado o entendimento de que a retenção, mesmo abusiva, não põe fim ao direito de crédito dos retentores e nem à sua garantia, mas gera o dever de indenizar o proprietário pelos benefícios auferidos com o uso ou fruição da coisa. Tal é a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito, afinada com a aplicação dos mencionados princípios[563] e com uma necessária ponderação entre direito

---

indefinidamente, só cessando quando finalmente ressarcido o inquilino. Outros, entretanto, invocando o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, são da opinião que a retenção cessará quando o valor das benfeitorias equiparar-se ao benefício econômico representado pela ocupação gratuita do imóvel, durante o seu exercício, o que nos parece mais adequado ao atual paradigma da boa-fé objetiva." (grifo aditado)

[558] SOUZA, Sylvio Capanema de, *A lei do inquilinato comentada*, cit., p. 158.

[559] Nesse sentido, FONSECA, Arnoldo Medeiros da, *Direito de retenção*, cit., p. 282, e FERNÁNDEZ, Luis F. P. Leiva, *Derecho de Retención*, cit., p. 340.

[560] RODRIGUES, Ruben Venegas, *El Derecho de Retención*, Santiago, Ed. Nascimento, 1940, p. 222.

[561] FERNÁNDEZ, Luis F. P. Leiva, *Derecho de Retención*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 341.

[562] RODRIGUES, Ruben Venegas, *El Derecho de Retención*, cit., p. 223.

[563] Nesse sentido, veja-se acórdão proferido em sede de ação reivindicatória, assim ementado: "DIREITO CIVIL. DIREITO DE PROPRIEDADE. POSSE DE BOA-FÉ. DIREITO DE RETENÇÃO QUE SE TORNAR IRREGULAR COM O USO DA COISA. DEVER DO RETENTOR DE INDENIZAR O PROPRIETÁRIO COMO SE ALUGUEL HOUVESSE. - O direito de retenção assegurado ao possuidor de boa-fé não é absoluto. Pode ele ser limitado pelos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, de forma que a retenção não se estenda por prazo indeterminado e interminável. - O possuidor de boa-fé tem o direito de detenção sobre a coisa, não sendo obrigado a devolvê-la até que seu crédito seja satisfeito, mas não pode se utilizar dela ou perceber seus frutos. Reter uma coisa, não equivale a servir-se dela. O uso da coisa retida constitui abuso, gerando o dever de indenizar os prejuízos como se aluguel houvesse. - Afigura-se justo que o proprietário deva pagar pelas acessões introduzidas, de boa-fé, no terreno e que, por outro lado, os possuidores sejam obrigados a pagar um valor, a ser arbitrado, a título de aluguel, pelo uso do imóvel. Os créditos recíprocos haverão de ser compensados de forma que o direito de retenção será exercido no limite do proveito que os retentores tenham da propriedade alheia. Recurso Especial provido" (STJ, 3ª Turma, Resp nº 613.387 – MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 02.10.2008, publ. em 10.12.2008). É interessante observar o juízo de ponderação levado a efeito pela eminente Ministra Relatora, no trecho de seu voto adiante transcrito: "(...) Posta a questão nesses termos, é fácil perceber que a disputa gira em torno da tensão que existe entre o direito de propriedade e o direito de retenção.

de propriedade e direito de retenção, adotando solução similar à corrente empregada nos casos de separação[564] e divórcio, quando um cônjuge permanece residindo em imóvel do outro e deve pagar por seu tempo de permanência.[565]

Quanto à locação de imóveis urbanos, a lei do inquilinato não prevê a possibilidade de retenção da coisa locada como garantia do pagamento da multa rescisória, uma vez que, diversamente do código civil, não admite a denúncia vazia do contrato pelo locador antes do termo final. No tocante às benfeitorias, necessárias e úteis, regra similar à do código civil estabelece o direito de retenção, exigindo para tanto que haja o consentimento do locador para a realização das benfeitorias úteis.[566]

Não obstante o código vigente tenha alargado a abrangência da retenção em relação ao código anterior, que não chegou a prever a possibilidade de retenção pelas perdas e danos decorrentes da denúncia antecipada, o que inclusive denota a vocação expansiva da figura, não estabelece, expresssamente, a retenção da coisa locada como medida coercitiva e de garantia do reembolso das despesas extraordinárias e da indenização das perdas e danos devidas pelo locador ao locatário, resultantes da execução do contrato ou de vício.[567] A lei do inquilinato também é restrita nesse sentido, pois limita-se a elencar tais obrigações do locador[568], deixando de disciplinar expressamente um remédio que possibilite ao locatário a atuação extrajudicial e mais célere de seus interesses. Lembre-se que o contrato de locação poderá configurar uma

---

A questão efetivamente não é simples. Assegurar incondicionalmente o direito de retenção pode significar a violação do direito de propriedade, pois, mantido o possuidor por tempo indeterminado na detenção de um bem que não é seu, o proprietário se vê impedido de usar, gozar e, para fins práticos, até mesmo de dispor. Com efeito, ainda que o proprietário possa, em tese, alienar sua propriedade, dificilmente haverá quem queira, por preço de mercado, adquirir um bem, para só então retirar aqueles que ali habitam. Por outro lado, assegurar incondicionalmente a propriedade, é o mesmo que aniquilar o direito de retenção assegurado aos recorridos. (...)"

[564] Cumpre registrar que a Emenda Constitucional n. 66, de 14.07.2010, alterou a redação do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, suprimindo a parte final, segundo a qual o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio "após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". Com base em tal alteração, significativa corrente atualmente sustenta a extinção da separação no ordenamento brasileiro.

[565] Nesse sentido, cf. os seguintes acórdãos: "Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, a circunstância de ter permanecido o imóvel comum na posse exclusiva da varoa, mesmo após a separação judicial e a partilha de bens, possibilita o ajuizamento de ação de arbitramento de aluguel pelo cônjuge afastado do lar conjugal e co-proprietário do imóvel, visando a percepção de aluguéis do outro consorte, que serão devidos a partir da citação" (STJ, REsp 673.118/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 06.12.2004); e "Legítimo buscar o cônjuge varão, mediante ação judicial, arbitramento de alugueres, referente a imóvel deferido a consorcia e filhos, mormente quando o marido, no divorcio litigioso, obrigou-se a pensão alimentícia e reside em imóvel locado. tal decisão e acolhida pela jurisprudência do STJ. II - recurso não conhecido" (STJ, REsp 23028/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 17.12.1992).

[566] Lei 8.245/91: "Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção."

[567] CC/2002: "Art. 568. O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação."

[568] Lei 8.245/91: "Art. 22. O locador é obrigado a: (...) IV – responder pelos vícios e defeitos anteriores à locação; (...) X – pagar as despesas extraordinárias de condomínio."

relação de consumo, a exemplo das locações de veículos, hipótese em que a retenção se apresenta um remédio eficaz em favor do contratante mais fraco.

No entanto, a ausência de disposição expressa acerca do direito de retenção, pelas razões já sustentadas, não traduz impedimento para o reconhecimento e admissibilidade da figura como instrumento legítimo de autotutela. A retenção da coisa locada deve ser admitida também nesses casos, ainda que não esteja prevista em lei, seja com respaldo na aplicação analógica de outras normas que a estabelecem no âmbito de outros contratos, a exemplo do depósito e do mandato, seja por força de estipulação contratual. É importante, contudo, não olvidar que a retenção da coisa locada, com função coercitiva e de garantia, é instrumento aplicável quando já não caiba exceção de contrato não cumprido, ou seja, quando a relação contratual já tenha se extinguido. Portanto, estando em vigor o contrato de locação, ante o interesse dos contratantes na continuidade do vínculo, a pendência de indenização de prejuízos sofridos pelo locatário e de despesas extraordinárias eventualmente arcadas por este, que são deveres de prestação secundários do locador justamente porque se vinculam à manutenção do uso da coisa, integram a sinalagmaticidade necessária para o exercício da exceção, e pode ensejar a suspensão do pagamento de aluguéis (e não retenção da coisa locada) até a satisfação do débito.

Além dos contratos citados, outros, típicos ou atípicos, revelam-se relações jurídicas férteis para o revigoramento e expansão do direito de retenção como instrumento legítimo de autotutela, independentemente de norma expressa e específica que o autorize, a exemplo dos contratos de compra e venda[569], representação comercial[570], concessão comercial[571], *leasing* e *franchising*, especialmente nas situações de resolução ou de resilição.

---

[569] A retenção por benfeitorias no âmbito da compra e venda é pacificamente reconhecida pela jurisprudência, com base na regra geral do artigo 1.219 do Código Civil, não obstante a inexistência de regra específica: "COMPRA E VENDA. INDENIZAÇÃO PELAS CONSTRUÇÕES E BENFEITORIAS. DIREITO DE RETENÇÃO. PRECEDENTES DA CORTE. 1. O pedido de indenização foi requerido pelos réus na contestação e corretamente deferido pelo acórdão, devendo-se comparar as construções, acessões industriais, às benfeitorias. 2. O pedido de reintegração de posse, porém, dada a sua natureza executiva, exige que o réu solicite o direito de retenção já na contestação, sob pena de preclusão. 3. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido" (STJ, 3ª Turma, REsp 51.794 - SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11.11.1996).

[570] A Lei nº 4.886/65, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos, não prevê expressamente o direito de retenção em favor do representante, mas dispõe critérios para a indenização devida a este em caso de rescisão injustificada pelo representado e admite a retenção de comissões com função compensatória, nos termos dos seguintes artigos:

"Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: (...) j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. § 1° Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização

Assim, nos contratos de prestação de serviços, tem o prestador direito à remuneração, inclusive em caso de dispensa com justa causa[572], ao reembolso de despesas porventura realizadas no interesse do tomador e às perdas e danos decorrentes da resilição unilateral sem justa causa, havendo prazo determinado ou prazo para conclusão de obra certa.[573] A fim de que possa garantir o pagamento de tais créditos, quando cabíveis, atuando de forma coercitiva, entende-se, pois, admissível a retenção da coisa em que foi efetuado o serviço, a exemplo do que ocorre nas oficinas mecânicas de veículo[574], bem como das partes da obra já realizadas, inclusive de obra artística ou intelectual, após a extinção do contrato[575], resolução ou invalidação. Em tais hipóteses, já não se podendo aplicar a exceção de contrato não cumprido (o que se figura cabível quando, na vigência do contrato, o prestador deixa de prestar o serviço em razão do descumprimento pelo outro contratante), tem-se um direito de retenção propriamente

---

corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual.

Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

Art. 37. Somente ocorrendo motivo justo para a rescisão do contrato, poderá o representado reter comissões devidas ao representante, com o fim de ressarcir-se de danos por este causados e, bem assim, nas hipóteses previstas no art. 35, a título de compensação."

[571] A Lei nº 6.729/79, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, também não prevê expressamente a retenção, mas igualmente estabelece critérios para a quantificação de perdas e danos, dando margem ao direito de retenção: "Art . 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário: (...) III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinqüênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão."

[572] CC/2002: "Art. 602. O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Parágrafo único. Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa."

[573] CC/2002: "Art. 603. Se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato." A doutrina entende a expressão "termo legal" por termo final contratualmente estipulado. Note-se que, neste caso, o montante das perdas e danos pela dispensa injustificada é estabelecido pela própria norma, o que viabiliza a solução da controvérsia no plano extrajudicial. Por outro lado, a doutrina critica o mencionado dispositivo, haja vista a falta de simetria com o artigo 602, que não adota qualquer critério fixo para as perdas e danos devidas ao tomador. A rigidez da norma é temperada pelo entendimento de que "em decorrência do princípio da boa-fé objetiva existente entre as partes contratantes, o prestador de serviço poderá pedir indenização com base no art. 187 do CC, se comprovar danos maiores" (LOPEZ, Teresa Ancona, *Comentários ao código civil: parte especial. Das várias espécies de contratos*, v. VII, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 224).

[574] Nesse sentido, registra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já em 1968, o seguinte acórdão: "DIREITO DE RETENÇÃO. OFICINA MECANICA. ASSISTE AO PROPRIETARIO DESTA, PARA CONSERTO DE AUTOMOVEIS, ATÉ QUE SEJA PAGO O PREÇO DOS SERVIÇOS EXECUTADOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO" (STF, Primeira Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Acórdão Nº 60944, julg. em 24.05.1968).

[575] Exemplos de extinção, de conformidade com o artigo 607 do código civil, seriam a morte do tomador de serviços e a impossibilidade da continuação do contrato motivada por força maior.

dito, não expressamente previsto em lei, mas admissível por analogia ou até mesmo por convenção das partes, admitindo-se a retenção convencional.

Debate-se, igualmente, acerca da possibilidade de o empreiteiro exercer direito de retenção sobre a obra realizada se o dono não efetuar o pagamento da remuneração, incluindo ou não os materiais, segundo a empreitada seja mista ou meramente de lavor, ou deixar de indenizar as perdas e danos decorrentes da resilição unilateral sem justa causa[576], normalmente pré-fixadas por cláusula contratual, ou os prejuízos causados ao empreiteiro por culpa do próprio dono, ensejando a resolução do contrato.[577] Teresa Ancona Lopes cita como exemplos da última hipótese o do dono que impede o acesso do empreiteiro à obra, deixando-a trancada, e o daquele que deixa de fornecer os materiais necessários em tempo hábil, tratando-se de empreitada de lavor.[578] Considerando que ao empreiteiro incumbe obrigação de fazer finalizada a um resultado, que é o de entregar a obra, é importante ainda não confundir as situações mencionadas com a do empreiteiro que deixa de realizar a obra, no curso desta, utilizando-se da exceção de contrato não cumprido, hipótese em que não há que se falar em retenção de coisa.

A doutrina se divide entre dois posicionamentos. O primeiro não admite a retenção em favor do empreiteiro, sob os argumentos formalistas de que se trata de mecanismo de autotutela, excepcional e dependente de norma expressa, e de que o empreiteiro não tem a posse, mas mera detenção *alieno nomine*.[579] O segundo a admite, estendendo-a a todos os casos em que, caracterizados os seus pressupostos, pode comportar uma aplicação analógica.[580] Para esse segundo entendimento, a normativa da exceção de contrato não cumprido e do direito de retenção por benfeitorias conferido ao possuidor de boa-fé justificaria a extensão da figura, sendo suficiente para tanto a posse "natural" ou mera detenção. Indo além, Serpa Lopes defende a extensão do *jus*

---

[576] CC/2002: "Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra."

[577] CC/2002: "Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra:
I - por culpa do dono, ou por motivo de força maior; (...) III - se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço."

[578] LOPEZ, Teresa Ancona, *Comentários ao código civil: parte especial. Das várias espécies de contratos*, v. VII,, cit., p. 328.

[579] Nesse sentido, entre outros, Eduardo ESPÍNOLA e COSTA SENA *apud* SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de direito civil*: fontes das obrigações: contratos, v. IV, 5. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999, p. 243.

[580] É o posicionamento de Arnoldo Medeiros da FONSECA, *Direito de retenção*, cit., p. 153, e de ALMEIDA PAIVA, ASTOLFO REZENDE e CLOVIS BEVILAQUA *apud* SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de direito civil*, cit., p. 243.

retentionis com fundamento na eqüidade, aplicando-o a todos os casos em que haja um *debitum cum re junctum*, incluindo-se a empreitada[581], assim considerando:

> Pouco importa a indagação sobre se o empreiteiro é ou não possuidor. Evidentemente ele não dispõe de uma relação possessória, nem está colocado no mesmo plano de um possuidor direto. Detém a coisa em função do trabalho a que se obrigou e é elementar na posse que o possuidor tenha de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade (Código Civil, art. 485). Mas o direito de retenção não pressupõe essa posse jurídica. Basta-lhe a contigüidade do credor com a coisa a cuja restituição esteja obrigado. Ao negar-se a cumprir esta obrigação de restituição, transforma essa recusa em meio compulsório para obter do seu credor, mas ao mesmo tempo seu devedor pelas despesas feitas com a coisa retida, o pagamento da coisa devida, na forma contratual.

Nessa linha, a identidade de *ratio* com as normas que expressamente estabelecem o direito de retenção não permite chegar a outra conclusão senão a de que o remédio deve ser admitido no âmbito da empreitada, apesar da ausência de previsão legal específica. Mais uma vez, é o princípio da autonomia aliado ao valor constitucional do trabalho e à vedação ao enriquecimento sem causa que se colocam como fundamento da retenção como instrumento de autotutela.

Também não se pode deixar de admitir a retenção no contrato de comodato. Cabe lembrar que a respectiva disciplina, no artigo 584 do código civil vigente, nega ao comodatário a possibilidade de cobrar do comodante as despesas com o uso e gozo da coisa emprestada. Contudo, apesar da corrente afirmação de que o comodato gera obrigações somente para o comodatário, é forçoso convir que o comodante tem a obrigação de não retirar a coisa antes do tempo previsto, bem como de reembolsar as despesas extraordinárias e urgentes e de indenizar os prejuízos[582], o que não desconfigura a unilateralidade do contrato, uma vez inexistente a correspectividade de prestações.[583] A obrigação de indenizar, segundo a doutrina, configura-se nas hipóteses de danos causados por vícios ocultos da coisa, conhecidos e dolosamente omitidos pelo comodante.[584] O direito de retenção, por sua vez, com função de garantia e coerção para a indenização de benfeitorias necessárias, tem respaldo na regra do artigo 1.219 do código vigente[585], que se entende igualmente aplicável para o reembolso de despesas

---

[581] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de direito civil*, cit., p. 244. O autor reconsiderou a respeito seu posicionamento anterior, em sentido diverso.

[582] MORAES, Maria Celina Bodin de, O procedimento de qualificação dos contratos..., cit., p. 40-41.

[583] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 293.

[584] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v. III, cit., p. 294.

[585] A retenção pelo comodatário para indenização de benfeitorias é há muito admitida pela jurisprudência, nos termos do seguinte acórdão: "Comodato – Possuidor de Boa-fé – Direito de Retenção. Ao comodatário, como possuidor de boa-fé, assistem os direitos de indenizacao e de retencao previstos no artigo 516 do Código Civil. Nao impede a

extraordinárias.[586] Já para os casos de indenização de danos, não há previsão expressa de direito de retenção, o que, contudo, pelas razões já sustentadas, não é óbice para a admissibilidade do remédio, por aplicação analógica ou prévia estipulação entre as partes. Observe-se, ainda, em face da admissibilidade da figura atípica do contrato de comodato modal[587], no qual se insere cláusula de encargo subordinando a eficácia do contrato à realização de obrigação de dar, fazer e não fazer, o remédio da retenção pode ser especialmente útil para o reembolso de despesas não acordadas.

Diversamente, na alienação fiduciária, a Lei nº 9.514/97, que regula as alienações de bens imóveis, veda expressamente a retenção[588], o que se justifica pela existência de garantia legal de indenização das benfeitorias realizadas pelo devedor fiduciante por ocasião da venda do bem em leilão, desde que o valor apurado seja suficiente para cobrir a dívida principal.[589]

Por derradeiro, registram-se ainda hipóteses legalmente previstas de retenção, de indubitável eficácia, a exemplo da retenção do pagamento por ausência ou negativa de quitação, estatuída no artigo 319 do código civil, a retenção da coisa dada em anticrese, nos termos do artigo 1.423 do mesmo diploma, e a retenção atribuída pelo artigo 1.433 ao credor pignoratício, até que seja indenizado das despesas devidamente justificadas que tiver feito, desde que não ocasionadas por culpa sua.

---

norma do artigo 1.196 do Código Civil que pressupõe mora do comodatário. Essa inexiste pois a retencao do imovel pelo comodatario se faz no regular exercicio do direito de retencao que lhe e reconhecido" (TJPR, 1ª Câm. Cível, Min. Rel. Francisco Muniz, Apelação cível 19851-6, julg. em 28.04.1992).

586 É o entendimento de Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. III, cit., p. 294, para quem o comodatário tem direito de retenção "por aplicação do mesmo princípio que o assegura pelas benfeitorias necessárias".

587 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v. III, cit., p. 289.

588 "Art. 27. (...) § 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil. [atual artigo 1.219] § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º."

589 A propósito, cite-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida pelo Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em sede de medida cautelar: "(...) 3.3. No tocante à alegada violação ao art. 1.219 do CPC, não me parece, em cognição sumária, que prospera a pretensão dos ora requerentes. O direito de retenção do imóvel pelo devedor até que seja quitada a indenização pelas benfeitorias realizadas cuida-se, simplesmente, de forma coativa restritiva de obrigar o reinvindicante a cumprir sua obrigação indenizatória. Logo, somente pode ser oposta em face daquele que está obrigado a efetuar tal ressarcimento. Na hipótese ora em análise, o devedor da indenização pelas alegadas benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel é o Banco, e não os autores, adquirentes do bem, motivo pelo qual incabível a defesa oposta ao pedido de imissão na posse. Nesse sentido esclareceu o Tribunal de origem que: "Os apelados pagaram o preço que o banco entendia justo para o imóvel, nele incluídas todas as benfeitorias, e o apelante deve buscar junto à instituição financeira que promoveu a execução extrajudicial os valores que porventura entendam devidos. Daí a desnecessidade de perícia pra a apuração de benfeitorias".
Ademais (fl. 661), de acordo com o § 3º do art. 32 do Decreto-Lei 10/66, realizado o leilão, pelo valor de mercado do imóvel e adimplido o débito com a instituição financeira, o valor remanescente ao final apurado será entregue ao devedor, o que por si só abrangeria as benfeitorias realizadas" (STJ, MC 16.617 – SP, DJ 16.04.2010). (grifos aditados)

As possibilidades de expansão da retenção como mecanismo de autotutela evidenciam-se também fora do campo contratual. Muito embora não seja este objeto do presente trabalho, cite-se, a título ilustrativo, a gestão de negócios, cuja disciplina não prevê expressamente o direito de retenção, fato que, por si só, como já exaustivamente sustentado, não deve ser empecilho para a admissibilidade da figura quando se apresente funcionalmente consentânea com a ordem jurídica. Assim, pode-se dizer merecedor de tutela o interesse do gestor de negócios em ser reembolsado das despesas necessárias e úteis por ele assumidas, bem como de ser indenizado pelos prejuízos sofridos por causa da gestão[590], quando esta resulte útil[591] para o dono do negócio. E, com tal propósito e dentro dos pressupostos legais[592], a retenção do objeto da gestão deve ser admitida, até o pagamento dos valores devidos, desde que líquidos e comprovados, sob pena de enriquecimento sem causa pelo dono do negócio. A corroborar esse entendimento, valendo-se da identidade de *ratio* normativa, é Clovis Bevilaqua quem assevera que o gestor poderá exercer direito de retenção, pois a sua situação jurídica é a mesma do mandatário.[593] Demonstrada, portanto, também no âmbito extracontratual, a não-excepcionalidade da retenção como instrumento de autotutela pelo inadimplemento.

3.1.2.2 Limites e controle da retenção e o problema de sua renunciabilidade.

É importante considerar que, na perspectiva de uma autotutela constitucionalizada, o exercício da retenção deve observar a boa-fé, justamente para que possa resguardar a confiança negocial, devendo ser considerado ilegítimo nas hipóteses em que o retentor tenha realizado injustificadamente as despesas de que proveio o seu

---

[590] CC/2002: "Art. 868. O gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus. Parágrafo único. Querendo o dono aproveitar-se da gestão, será obrigado a indenizar o gestor das despesas necessárias, que tiver feito, e dos prejuízos, que por motivo da gestão, houver sofrido.
Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão. (...)"

[591] Quanto à utilidade da gestão, esclarece a doutrina que "se o gestor age de boa-fé objetiva, averigua-se também, objetivamente, o benefício que suas atitudes geraram para o proprietário. Pode-se afirmar que, então, que o critério para apreciar a gestão de negócio útil é objetivo, pois que baseado na presença da boa-fé objetiva por parte do gestor" (TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado*, II, cit., p. 723).

[592] CC/2002: "Art. 870. Aplica-se a disposição do artigo antecedente, quando a gestão se proponha a acudir a prejuízos iminentes, ou redunde em proveito do dono do negócio ou da coisa; mas a indenização ao gestor não excederá, em importância, as vantagens obtidas com a gestão."

[593] BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. V, cit., p. 72. Segundo o autor, aludindo às lições de Demogue e Planiol, "os princípios reguladores de retenção ajustam-se perfeitamente a êste caso."

crédito ou tenha causado, total ou parcialmente, os prejuízos alegados. Ademais, o devedor não pode reter mais do que seja necessário para a sua garantia, sob pena de abuso do direito. Assim, resulta ilegítima a retenção em virtude de um débito exíguo contra um crédito de alto valor, justamente porque não se deve exercer a retenção para infligir ao adversário um grave dano, com o pretexto de assegurar a tutela de um próprio direito. É necessário observar um princípio de proporcionalidade entre a vantagem para o retentor e o prejuízo para o credor. Quando há uma desproporção excessiva, ao devedor da prestação maior não deve ser reconhecido o direito de retenção contra o devedor da prestação menor, a não ser no caso em que este tenha provocado desconfiança com uma obstinada recusa de pagamento.[594] Em outras situações, a legitimidade da *retentio* pode não ser reconhecida diante do inadimplemento mínimo do devedor, o que remete mais propriamente à noção funcional de adimplemento do que ao princípio da proporcionalidade.

Diversamente da retenção com função de garantia e coerção, a retenção com função satisfativa, como já explicitado, em realidade traduz verdadeira compensação e é admitida expressamente por lei ou jurisprudencialmente no âmbito de alguns contratos.[595] [596] Entretanto, é recorrente na jurisprudência o reconhecimento da abusividade de tais formas de retenção em alguns casos, especialmente quando violam interesses existenciais do devedor, quanto mais em relações de consumo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça vem considerando abusivas as retenções de saldos de

---

[594] SATURNO, Angelo, *L'autotutela privata*, cit., p. 136.

[595] "PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. INADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PENALIZAÇÃO CONTRATUAL. SITUAÇÃO PECULIAR. OCUPAÇÃO DA UNIDADE POR LARGO PERÍODO. USO. DESGASTE. I. Não padece de nulidade acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao julgamento da demanda, apenas com conclusão desfavorável à parte. II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, com retenção pelo vendedor de 25% sobre o valor pago, a título de ressarcimento das despesas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem na alienação, nos termos dos precedentes do STJ a respeito do tema (...)" (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Resp 331923 – RJ, DJ 25.05.2009).

[596] No âmbito do contrato de prestação de serviços advocatícios, veja-se trecho do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: "(...) Contrato verbal de prestação de serviços advocatícios. Retenção de valores a título de honorários advocatícios convencionais e a título de imposto de renda incidente sobre honorários advocatícios sucumbenciais. - Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. - É parcialmente inadmissível Recurso Especial, quando ausente prévia decisão a respeito de determinadas questões federais suscitadas. - No caso em tela, julgado procedente no v. acórdão recorrido o pedido da ação proposta pelos recorridos com o objetivo de serem ressarcidos pelo recorrente, advogado, que reteve, ao término de anterior ação em que representava aqueles, valores a título de honorários advocatícios convencionados verbalmente e a título de pagamento de imposto de renda incidente sobre honorários advocatícios sucumbenciais, inexiste ofensa ao disposto nos arts. 1.301 do Código Civil, e 22, caput e §§ 2º e 4º, da Lei n. 8.906/94, por inexistir contrato escrito de honorários advocatícios ou discussão a respeito de arbitramento judicial dos mesmos" (STJ, 3ª Turma, Ag. Inst. 460.065 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17.02.2003).

salários[597] ou aposentadorias[598] constantes de conta corrente, mesmo havendo, em contrato de adesão, cláusula contratual que o preveja, cláusula esta eivada de nulidade.[599] Em outros casos, igualmente já foi reconhecida a abusividade da apreensão de bem financiado sem autorização judicial, prática que configura o exercício arbitrário das próprias razões.[600] No âmbito do contrato de *leasing*, a jurisprudência vem considerando abusiva a retenção do valor residual em caso de inadimplemento do arrendatário, quando este não tenha exercido a opção de compra.[601]

---

[597] A propósito, cf. o seguinte acórdão, que traduz o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Os elementos existentes nos autos dão conta de que o Tribunal de origem entendeu ser possível o desconto de parte do salário creditado em conta salário de instituição financeira para a quitação de dívida em outra conta na mesma instituição. No entanto, este Tribunal Superior já firmou entendimento de que é ilícita a retenção pela instituição financeira de salário para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes: Resp 901651/SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJe 01/09/2008; AgRg no Ag 959112/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 28/04/2008; REsp 1012915/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 03/02/2009; REsp 507044/AC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 03/05/2004, este assim ementado: 'DANO MORAL. RETENÇÃO DE SALÁRIO PARA PAGAMENTO DE CHEQUE ESPECIAL VENCIDO. ILICITUDE. - Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral. - Recurso não conhecido.' Observa-se que o acórdão recorrido, de fato, diverge da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (STJ, 3ª Turma, Ag. 1.114.720 – SP, Min. Rel. Massami Uyeda, DJ 27.08.2009).

[598] "DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. PROVENTOS APOSENTADORIA. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO.
- Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum.- Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a "vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal". - Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido" (STJ, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, Resp. 1.012.915 – PR, DJ 03.02.2009).

[599] "Banco. Cobrança. Apropriação de depósitos do devedor. O banco não pode apropriar-se da integralidade dos depósitos feitos a título de salários, na conta do seu cliente, para cobrar-se de débito decorrente de contrato bancário, ainda que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão. Recurso conhecido e provido" (STJ, 4ª Turma, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, Resp. 492.777 – RS, DJ 01.09.2003).

[600] "Ação monitória. Mútuo. Crédito Direto ao Consumidor - CDC. Apreensão de bem sem autorização judicial. Abuso de direito. *Exceptio non adimplenti contractus*, por semelhança. A via da ação monitória não autoriza a cobrança de dívida, quando o credor, no exercício arbitrário das próprias razões, com flagrante abuso de direito, rompe o contrato com a apreensão do bem sem autorização judicial. Retenção indevida do bem financiado inviabiliza a manutenção do mútuo, como se o implemento da obrigação consistente na entrega do mesmo não existisse, o que autoriza ao embargante suspender os pagamentos das prestações, não sendo considerado inadimplente. Impossibilidade de cobrança da dívida, sob pena de se amparar o enriquecimento sem causa, em razão do bem financiado encontrar-se na posse do embargado. Apelo a que se nega provimento" (TJRJ, 13ª Câm. Cível, Apelação nº 2006.001.43835, Des. Rel. Ismenio Pereira de Castro, julg. em 11.10.2006).

[601] "I - No contrato de "leasing", o "valor residual" é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, enquanto o "valor residual garantido" é obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, em caso de o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e, também, não desejar que o contrato seja prorrogado. II - As parcelas do "valor residual" adiantadas pela arrendatária durante a execução do contrato não podem ser retidas pela arrendante em caso de resolução com base em inadimplemento, com a reintegração do arrendante na posse do bem, somente sendo devida essa verba quando o arrendatário decide adquirir a coisa, exercendo a opção de compra. III - O descumprimento contratual do arrendatário dá lugar à incidência das cláusulas penais avençadas entre as partes, podendo, em caso de haver demonstração concreta,

Em tais casos, a retenção encontra óbice no princípio constitucional da dignidade humana, a proteger valores existenciais mesmo no âmbito de relações eminentemente patrimoniais[602], ou nos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso, que se apresentam como filtro de controle da autotutela, negando-lhe legitimidade.

Enfim, é objeto de acirradas controvérsias na doutrina e jurisprudência a validade da cláusula de renúncia ao direito de retenção, frequentemente abrangendo a renúncia também à indenização, como ocorre no caso de benfeitorias. A título de exemplo, a Lei do Inquilinato, ao suprir a lacuna da lei anterior, estabelece, em seu artigo 35, os pressupostos para a indenização e retenção por benfeitorias necessárias e úteis, "salvo expressa disposição contratual em contrário". O caráter disponível tanto da indenização quanto do direito de retenção veio a ser confirmado posteriormente pela Súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "nos contratos de locação é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção". Mas, longe de ser um ponto pacificado, a questão suscita ainda discussões, especialmente no tocante às benfeitorias necessárias. Sylvio Capanema bem assevera, com base nos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, que "tudo indica que irá se formar uma jurisprudência *contra legem*".[603]

Com efeito, a principiologia que contemporaneamente informa as relações contratuais torna necessário revisitar a problemática, buscando-se uma solução consentânea com a ordem constitucional e afastando-se a interpretação meramente literal da norma aludida, que, no dizer de Perlingieri, deve ser superada pela interpretação axiológica.[604] Neste ponto, já há muito sustenta Maria Celina Bodin de Moraes que a disponibilidade reconhecida pelo citado artigo 35 "contraria a sistemática

---

redundar em ressarcimento de danos ocasionados pelo uso indevido dos bens, não sendo lícito ao arrendante reter o "valor residual" eventualmente adiantado" (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp. nº 249340 - SP, DJ 07.08.2000).

[602] MEIRELES, Rose Melo Vencelau, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

[603] SOUZA, Sylvio Capanema de, *A lei do inquilinato comentada*, cit., p. 161. Assim sustenta o autor o seu posicionamento: "Voltando a comentar a lei, nesta nova edição, decorridos mais de 15 anos, temos que admitir que a discussão permite novas considerações, tendo em vista que adotamos agora um direito principiológico, em que os valores fundamentais que dele emergem devem pairar, soberanamente sobre o texto da norma jurídica. O princípio da boa-fé objetiva, que hoje inspira o mundo oceânico das obrigações e dos contratos, recomenda que não deva prevalecer a cláusula que exonera o locador de indenizar as benfeitorias necessárias, que revertem em seu exclusivo benefício. Um outro argumento é igualmente forte, e diz respeito à nulidade das cláusulas de renúncia prévia a direitos inerentes a negócio jurídico celebrado. Como se vê, o debate voltou a se acirrar, embora ainda permaneça majoritária a segunda corrente, que faz prevalecer o texto do artigo 35."

[604] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, cit., p. 73.

do direito civil brasileiro, que atribui direito à indenização por benfeitorias necessárias até mesmo ao possuidor de má-fé".[605]

É também imprescindível lembrar que o Código de Defesa do Consumidor[606] considera nula, porque abusiva, tal renúncia ao direito de indenização por benfeitorias necessárias, abusividade esta que a jurisprudência vem estendendo à renúncia ao direito de retenção.[607] A doutrina consumerista esclarece que a nulidade de tal cláusula decorre da regra geral constante do artigo 51, I, a invalidar as cláusulas contratuais "que impliquem renúncia ou disposição de direitos". De tal preceito resulta a inadmissibilidade não só da renúncia ao direito de retenção, mas, também, da renúncia ao direito de opor as exceções de contrato não cumprido e de compensação e ao direito de resolver o contrato por inadimplemento. A respeito, ensina Ada Pellegrini Grinover, em comentário ao artigo 51:

> Fica abrangida pela proibição da norma comentada a cláusula *solve et repete*, também denominada *exceptio solutionis*, segundo a qual o devedor tem de cumprir seu dever de prestar, para que não incida em *mora debitoris*, independentemente do cumprimento da prestação da contraparte. Somente depois de cumprida a obrigação pelo devedor, poderá ele ingressar com ação resolutória em juízo ou pleitear a repetição do indébito. Referida estipulação, que muito se avizinha da exceção de contrato não cumprido, caracteriza, sem dúvida, espécie de renúncia, razão do porquê de sua vedação por abusiva, nos termos do Código. Essa cláusula *solve et repete* permite que fique o fornecedor em situação de privilégio contratual, resguardando-o do malogro de sua prestação, funcionando na prática como espécie de *negação de acesso à justiça*, já que impede o consumidor de ajuizar demanda resolutória ou ressarcitória antes de cumprir sua parte na avença.[608]

Assim, tal como ocorre com as cláusulas limitativas e de exclusão de direitos, também as cláusulas de renúncia ao exercício de instrumentos de autotutela, em

---

[605] MORAES, Maria Celina Bodin de, in BITTAR, Carlos Alberto Bittar *et alii* (org.), *A lei do inquilinato comentada e anotada*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 1992, p. 44. Expressando sua preocupação com o preceito, a autora já afirmava logo após a promulgação da lei: "Resta verificar, na concreta aplicação da lei, se a jurisprudência saberá refutar a interpretação literal do preceito, através da aplicação do princípio geral que veda o enriquecimento injustificado ('com o alheio'), ou se procederá a alguma distinção concernente às benfeitorias que sejam indispensáveis à própria utilização do imóvel, concedendo, neste caso, a indenização, mesmo em presença de expressa disposição contratual em contrário."

[606] CDC/1990: "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) XVI – possibilitem a renúncia ao direito de indenização por benfeitorias necessárias."

[607] "ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACESSÓRIO ACRESCIDO PELA ARRENDATÁRIA. NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL DE RENÚNCIA AO DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LUCROS CESSANTES NÃO DEMONSTRADOS. 1. O leasing financeiro reúne todos os requisitos próprios da atividade bancária, razão pela qual deve se submeter às regras do Código de Defesa do Consumidor. 2. Por infração do art. 51, XVI do Código de Defesa do Consumidor, é nula a cláusula, em contrato de leasing, que possibilita a renúncia ao direito de **retenção** por benfeitorias. 3. Os lucros cessantes devem ser demonstrados durante a instrução da ação de conhecimento. Recurso parcialmente provido" (TJPR, 4ª Câm. Cível, Des. Rel. Ruy Cunha Sobrinho, Apelação cível nº 187986-9, DJ 02.08.2002).

[608] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 510.

relações não paritárias, visam geralmente a resguardar o interesse do contratante mais forte em prejuízo do mais fraco. Justamente por força dos princípios da igualdade substancial, confiança negocial e vedação ao abuso é que tais cláusulas são consideradas nulas. No entanto, não se tratando de relação de consumo, o juízo de admissibilidade de tais cláusulas de renúncia deve passar necessariamente pela análise da relação em concreto, pois eventual pretensão de enriquecimento sem causa (como ocorre no caso de renúncia à indenização de benfeitorias necessárias), vício de consentimento, falta de transparência, assimetria informativa ou desigualdade entre os contratantes pode atrair a incidência do artigo 187 do código civil, tornando ineficazes as cláusulas consideradas abusivas. E, em se tratando de contrato de adesão, incide o artigo 424 do Código Civil, ocasionando a nulidade da chamada cláusula *solve et repete*.

Em suma, como defende Eduardo Takemi, essa modalidade de cláusula contratual pode e deve ser admitida em contratos paritários, definindo o conteúdo das respectivas relações patrimoniais, nos seguintes termos:

> (...) em matéria de relações patrimoniais, entre partes que não ostentem um desequilíbrio significativo, deve prevalecer a possibilidade de estipulações que se adaptem às suas necessidades econômicas e conveniências, desde que respeitada a equivalências das prestações e a boa-fé. Certamente em um negócio, em que as partes estejam assessoradas (isto é, ausentes as vulnerabilidades técnica e jurídica), em estado econômico paritário e negociem as condições de contratação, a renúncia à possibilidade de alegar a exceção de contrato não cumprido é resultado de outras vantagens obtidas no campo negocial.[609]

Analisados os remédios de autotutela contratual com função conservativo-cautelar, cumpre verificar as aplicações e possibilidades de expansão dos remédios com função resolutiva, considerando a operabilidade da autotutela na extinção do contratos.

3.2 Autotutela contratual com função resolutiva.

3.2.1 A cláusula resolutiva expressa como meio de resolução extrajudicial convencional e as suas potencialidades aplicativas no quadro de um renovado direito das obrigações.

A figura da cláusula resolutiva expressa, prevista no artigo 474[610] do Código vigente, era expressamente prevista pelo Código Civil de 1916 como "pacto

[609] KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos, *A coligação contratual*, cit., p. 172.
[610] CC/2002: "Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial."

comissório"[611], mas apenas na disciplina da compra e venda. Segundo Clovis Bevilaqua, "o pacto comissório não é mais do que uma cláusula resolutiva, que se subentende em todo contrato bilateral".[612] Segundo o autor, apesar de o antigo código não prever a cláusula resolutiva *ipso jure* em uma norma geral, as partes poderiam torná-la expressa, de modo a operar por si e independentemente de interpelação judicial.

A figura apresenta diversas dificuldades teóricas, a começar pelo aspecto terminológico, uma vez que normalmente é referida pela doutrina brasileira, certamente por influência do Código Civil de 1916, como sinônimo de pacto comissório, ao passo que sua origem histórica[613] revela se tratarem de coisas distintas. O pacto comissório propriamente dito significa a apropriação direta e imediata pelo credor da coisa vinculada a uma garantia real em caso de descumprimento da obrigação e é expressamente proibido pelo artigo 1.428 do código em vigor.[614] Assim, muito embora parte da doutrina ainda utilize aquela antiga expressão[615], mais adequada mostra-se a nomenclatura utilizada pelo código vigente, designando de "cláusula resolutiva expressa" a convenção contratual que autoriza a resolução extrajudicial por inexecução de obrigação contratual e que, ao contrário do pacto comissório, é expressamente permitida.

Não obstante a sua expressa previsão pelo Código Civil de 2002, o remédio em apreço apresenta aplicação prática ainda restrita, o que certamente se explica pelo demasiado rigor com que a jurisprudência tradicional o considera, ora exigindo do contratante lesado, para a resolução extrajudicial do vínculo, o cumprimento de formalidades que extrapolam as próprias exigências legais[616], ora afastando a eficácia

---

[611] CC/1916: "Art. 1.163: Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em dez dias de vencido, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda."

[612] BEVILAQUA, Clovis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. V, Livraria Francisco Alves, 1954, p. 267.

[613] Sobre a origem histórica da figura, seja consentido remeter ao item 3.3.

[614] CC/2002: "Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento."

[615] Assim, VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 486: "Pode ser conceituado o pacto comissório como a cláusula pela qual se estipula que qualquer das partes opte pela resolução do contrato, se o outro contratante não cumpre a obrigação que lhe compete."

[616] Nesse sentido, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp. 204.246-MG, DJ 24.02.2003: "I – A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel. II - A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a 'rescisão' (rectius, resolução) do contrato. Destarte, inadmissível a concessão de liminar reintegratória em ação de 'rescisão' de contrato de compra e venda de imóvel." Cf. também a decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 014059001413, do TJES, Rel. Des. Samuel Meira Brasil Jr., DJ 25.01.2006, que deu provimento ao recurso,

do instrumento, mesmo cumpridas as formalidades legais. Este último caso verifica-se, por exemplo, diante de leis especiais que derrogam o regime geral, impondo a necessidade de prévia interpelação. Apesar de serem normas indisponíveis, "é preciso evitar o exagero de reputar 'ineficaz' a cláusula resolutória expressa"[617], vez que esta é válida e eficaz, mas seus efeitos somente operam após a interpelação.[618]

Das considerações expostas, cabe inferir que a exigência legal, em alguns casos específicos, de interpelação premonitória do devedor tem apenas o condão de viabilizar o adimplemento e a conservação do vínculo, mas não propriamente de afastar a aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa. Assim, pertinente é o esclarecimento de Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> Se o contrato possui cláusula resolutória expressa, há que se verificar se existe lei que imponha notificação e prazo para a emenda, ou se não há. Se lei regula, o prazo é o previsto, contado a partir da notificação. Caso não exista lei aplicável e a cláusula resolutória não dependa de notificação, a purga da mora pode ser feita até o momento em que incida a cláusula.[619]

O excessivo rigor evidencia a dificuldade de se assimilar, em nossa cultura jurídica, a autotutela contratual com eficácia resolutiva, haja vista a prática corrente, e não raro absolutamente desnecessária, de se recorrer ao judiciário a fim de obter a chancela do Estado. No entanto, o que se pretende reforçar nesta sede é justamente o importante papel desempenhado pela cláusula resolutiva expressa como eficiente mecanismo de defesa de interesses merecedores de tutela, especialmente naquelas relações contratuais que demandam celeridade na solução dos respectivos conflitos. Para tanto, figura-se essencial revisitar o fundamento e os pressupostos de aplicabilidade do mencionado instrumento.

---

excluindo a injustificada exigência de caução para reintegração de posse decorrente de inadimplemento em contrato de *leasing* com previsão de cláusula resolutiva expressa.

[617] ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 590. Em sentido diverso, representando o posicionamento mais conservador, entende PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 134: "Muito embora o regime do Código Civil autorize a convenção da cláusula resolutiva expressa com o efeito de resolução pleno *iure* do contrato, sem nenhuma restrição, a necessidade de proteção dos economicamente débeis tem sugerido ao legislador a sua **proibição** quando interfere com a economia popular, como no caso do imóvel loteado (...), em que a interpelação é sempre necessária, ou no da venda com reserva de domínio, em que o protesto cambial do título é requisito essencial da ação de apreensão da coisa (Código de Processo Civil, art. 1.071)." (grifo aditado)

[618] O maior rigor na admissibilidade da clásula é estampado na seguinte decisão proferida pelo STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp. 15.489-SP, DJ 05.09.1994, de cuja ementa se extrai: "(...) II – Nos casos de compromisso de compra e venda de imóveis, afigura-se ineficaz a estipulação de cláusula resolutiva expressa (pacto comissório – art. 1.163, CC), a teor do que dispõe o art. 1º do DL 745/69, impondo-se ao promitente-vendedor, uma vez verificada a mora *ex re* do promissário-comprador, promover a interpelação deste, conferindo-lhe prazo não inferior a 15 dias para purgação." (grifo aditado)

[619] Jorge Cesa Ferreira da SILVA, *Inadimplemento das obrigações*, cit., p. 142.

Como fundamento da referida cláusula, além da própria autonomia privada, que neste caso não é apenas fundamento geral da autotutela mas também meio para a sua operatividade (um vez que a cláusula resolutiva expressa deve ser previamente estipulada pelos contratantes), está o fundamento da própria resolução contratual. Vale dizer: a necessidade de defesa do interesse[620] do credor e, igualmente, o rompimento do equilíbrio entre as prestações, que, segundo de Ruy Rosado de Aguiar, traduz um imperativo de justiça comutativa.[621] Nessa linha, também assevera Serpa Lopes, citando Maury:

> O contrato funciona como meio de se poder obter os elementos necessários à vida. Ele envolve obrigações; essas obrigações determinariam um desequilíbrio patrimonial se não fossem acompanhadas de direitos correlativos tendentes a assegurar o interesse contraposto do obrigado. E é este equilíbrio que assegura a própria movimentação da vida social, a segurança da consecução dos seus fins primordiais.[622]

À semelhança do que se verifica na resolução legal, a cláusula resolutiva expressa atua, preponderantemente, nos contratos bilaterais, assim compreendidos aqueles dotados de correspectividade entre as prestações. Todavia, há uma diferença expressiva entre as duas espécies, na medida em que a resolução convencional assume contornos mais amplos, como explicita Araken de Assis:

> (...) enquanto o campo de incidência da resolução legal se afigura menor que o do inadimplemento das obrigações no contrato bilateral, porque nem todas se situam em posição de reciprocidade – por exemplo, à entrega da coisa ao locatário pelo locador corresponde, sem dúvida, o pagamento dos aluguéis, mas nem todas as obrigações que resultam da locação guardam entre si o nexo de correspondência-, o da resolução negocial revela-se maior, "porque em outras avenças, unilaterais na aparência, se convencionou a resolução". Por tal motivo, a resolução negocial abrange quaisquer negócios jurídicos, incluindo os unilaterais.[623]

---

[620] É o entendimento de Luigi MOSCO *apud* SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 186, assim sintetizado: "A interdependência entre as prestações, acrescenta, faz com que o interesse do credor não se limite à prestação que lhe é devida, senão que, além disso, se estenda à dispensa do débito que grava sobre ele, em todos os casos em que a prestação contrária, ainda que seja de possível realização, já não lhe ofereça qualquer utilidade. Sem esta particular forma de tutela, o interesse do credor estaria frustrado, ainda que, no melhor dos casos, e salvo os de insolvência da parte contrária, só conseguiria uma prestação inútil em correspondência à utilidade da prestada por ele. Sustenta, em resumo, que a tutela do interesse do credor constitui o centro da resolução por inadimplemento. E assim, fundado nessas observações sobre o fundamento da resolução por descumprimento, é que estabelece deduções contrárias à teoria de AULETTA atribuindo à resolução o caráter de sanção, exigindo, em conseqüência, a culpa no inadimplemento, como seu pressuposto."

[621] AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 16. Segundo o autor, "a proteção daquele interesse ou conservação desse equilíbrio não são mais do que a expressão da justiça comutativa que, em última instância, fundamenta o princípio de poder o credor não-inadimplente (e, excepcionalmente, o devedor) requerer judicialmente o desfazimento da relação, cujo justo equilíbrio veio a ser rompido pelo incumprimento do devedor da prestação, ou pela superveniente modificação das circunstâncias."

[622] SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus)*, cit., p. 191.

[623] ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, cit., p. 588.

Nesse sentido, a resolução convencional pode ocorrer tanto em contratos unilaterais quanto nos "bilaterais imperfeitos", que são, na realidade, unilaterais, embora possam apresentar obrigações recíprocas supervenientes, a exemplo do contrato de depósito gratuito. Neste, o ressarcimento pelo depositante das despesas incorridas pelo depositário é prestação eventual e autônoma, porém nada obsta que os contratantes estipulem a cláusula resolutiva expressa para o caso de seu descumprimento. Isso porque, afirma-se, "o campo da autonomia da vontade, neste particular, parece ilimitado".[624]

Com efeito, enquanto na resolução legal a noção de correspectividade entre as prestações é essencial, justamente por se tratar de uma cláusula tácita de todo contrato bilateral, na resolução convencional tal elemento pode até existir, mas não é imprescindível. Isso implica a constatação de que a resolução, diversamente da exceção de contrato não cumprido, é um remédio predominantemente sinalagmático, mas não necessariamente. Desse modo, o fundamento da resolução pende mais para aquele da defesa do interesse do credor do que para o rompimento do equilíbrio entre as prestações. Confere-se, pois, mais amplo poder de atuação à autonomia privada, como observa Gustavo Tepedino *et alii*:

> Quando a cláusula é expressa, a faculdade de resolver o contrato deve ser exercida nos termos estipulados. Não se trata de cláusula privativa de contratos bilaterais. As partes ajustam expressamente que a inexecução da prestação tem como conseqüência a resolução do contrato. A vontade criadora do vínculo estabelece as condições para a sua ruptura.[625]

A resolução contratual traduz um direito formativo (neste caso extintivo) ou direito potestativo, "espécie de direito subjetivo, cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, mediante ato unilateral do titular".[626] O exercício do direito formativo dá-se pela prática de um ato jurídico, em sentido estrito. Tratando-se de resolução legal, faz-se necessário, "além da manifestação de vontade do interessado no desfazimento da relação descumprida, seja esse direito deduzido em ação ou em reconvenção, a fim de que sobrevenha sentença constitutiva negativa".[627] Tratando-se de cláusula resolutiva expressa, basta que o interessado manifeste a sua vontade para a

---

[624] ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, cit., p. 588.
[625] TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, cit., p. 119.
[626] AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 28.
[627] AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 32.

produção do efeito extintivo. Eventual sentença posterior tem apenas efeito declaratório, podendo também ser condenatória em perdas e danos. Apesar de o artigo 474 afirmar a sua eficácia de pleno direito, isto é, automaticamente[628], a resolução não se dá imediatamente com o inadimplemento[629], pois depende da manifestação do credor que dela se utiliza, declarando a resolução ao devedor.[630] Trata-se de "declaração receptícia e, uma vez realizada, adquire caráter irrevogável".[631] Tal declaração, via notificação, não se confunde com a prévia interpelação para constituição em mora, sempre necessária nos casos de mora *ex persona*.[632]

Coloca-se a indagação acerca do cabimento da cláusula resolutiva expressa nas relações de consumo e em contratos de adesão. O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 51, XI, que "são consideradas abusivas cláusulas contratuais que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor", e, em seu artigo 54, § 2º, que "nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior [obrigação de indenizar os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo nos contratos do sistema de consórcio]". Assim, resta evidente que a normativa consumerista não veda a cláusula resolutiva expressa, eis que se mostra útil também nas relações consideradas não paritárias, em favor da parte lesada pelo inadimplemento, seja o consumidor, seja o fornecedor. Demonstração disso é a resolução em caso de vício do produto ou do serviço, sobre a qual a Lei nº 8.078/90 estabelece em favor do consumidor a alternativa de "exigir a restituição imediata da quantia paga"[633], o que consubstancia espécie de resolução extrajudicial, se a discussão não precisar ser levada à instância judicial.

---

[628] Cf. TEPEDINO, Gustavo *et alii*, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, cit., p. 119: "É lógico, pois, que, havendo tal estipulação expressa, a resolução do contrato se dê de pleno direito, nos termos do art. 474. Isto significa que o contrato se extingue automaticamente, *ipso iure*, mediante a intervenção direta do próprio interessado, sem necessidade de intervenção judicial."

[629] Nesse sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo curso de direito civil, v. IV, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 245: "a expressão 'de pleno direito' deve ser interpretada com a devida ressalva, pois ela não quer dizer que, ocorrendo o inadimplemento, o contrato será automaticamente extinto."

[630] PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, tomo XXV, 2. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 319.

[631] ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, cit., p. 590.

[632] Sobre a desnecessidade de notificação premonitória nos casos de mora *ex re*, cf. a ementa do acórdão proferido pelo TJRJ, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira, julg. em 21.11.2000: "Agravo Instrumento. Arrendamento Mercantil. Inadimplemento da Devedora. Reintegracao de posse do bem arrendado. Exigência de notificacao pessoal da agravada. A mora desta, no caso, é *ex re*. Ajustada na avença a cláusula resolutória expressa e constituída em mora a devedora, pelo simples defluxo do prazo, servindo o protesto, apenas, para comprová-la, não há necessidade para a notificação pessoal da agravada. Provimento do recurso."

[633] Cf. artigos 18, § 1º, II, 19, IV, e 20, II.

Mas, para o exercício do direito de resolver extrajudicialmente, a Lei nº 8.078/90 exige que a escolha entre a resolução do contrato e a purga da mora caiba ao consumidor aderente, solução que impõe a necessidade de uma notificação prévia do consumidor, mesmo que a mora seja *ex re* [634], e que deve se estender aos contratos de adesão que não configuram relação de consumo. Aliás, entende-se que, em quaisquer contratos de adesão, é abusiva a cláusula resolutiva estipulada apenas em favor de um dos contratantes, por quebrar a igualdade entre as partes.[635]

Cabe igualmente investigar a admissibilidade da cláusula resolutiva expressa nos contratos de longa duração. A solução que se apresenta é a mesma já explicitada para a exceção de contrato não cumprido, ou seja, o inadimplemento de uma prestação singular pode ensejar a resolução quando afete substancialmente os interesses do credor, prejudicando o resultado útil programado. Nesse sentido orienta a Convenção de Vienna sobre venda internacional, em seu artigo 73, que condiciona a resolução à inutilidade das prestações subseqüentes tendo em vista "o escopo programado pelas partes ao tempo da conclusão do contrato". Importa saber, em concreto, até que ponto a periodicidade das prestações implica divisibilidade da obrigação e de seus efeitos, propondo-se para tanto o critério funcional em substituição àquele meramente temporal. Nesse sentido, esclarece Stefano Pagliantini:

> *Il criterio per appurare se un rapporto contrattuale sia frazionabile in una pluralità di vicende effettuali indipendenti (...) è da riconnettersi al contenuto del rapporto, cioè al "collegamento funzionale più o meno stretto" fra i vari adempimenti. Ciò che conta, infatti, non è appurare il modo "col quale è stato previsto il frazionamento delle consegne" (una consegna frazionata può essere stata giudicata convenzionalmente infrazionabile). Ciò che vale – piuttosto – è appurare le modalità concrete di ogni singola fattispecie, vedere se le parti hanno valutato il rapporto di durata come divisibile o indivisibile.*[636]

Assentados os lineamentos gerais da cláusula resolutiva expressa e demonstrada a amplitude de sua aplicabilidade, importa investigar outro aspecto que também denota a sua potencialidade expansiva, conexo com o problema da imputabilidade do inadimplemento.

---

[634] Entende-se que a notificação ou interpelação extrajudicial do consumidor para exercício do direito de escolha é suficiente para satisfazer os requisitos estabelecidos pelo CDC e para proteger o contratante vulnerável, razão pela qual discorda-se do entendimento de Rose Melo Vencelau MEIRELES, *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 285, no sentido de que "a resolução do contrato, quer seja por cláusula tácita, quer seja por cláusula expressa, reconhecida a vulnerabilidade da parte por implicações na sua personalidade dcorrentes de resolução, deveria depender de interpelação judicial e a escolha entre a resolução do contrato ou a purga da mora caberia àquele cuja personalidade seria afetada." (grifo aditado)

[635] AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 184.

[636] PAGLIANTINI, Stefano, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 244.

3.2.1.1 A cláusula resolutiva expressa e o problema da imputabilidade do inadimplemento.

Afirma-se tradicionalmente que um dos requisitos para o exercício da cláusula resolutiva expressa é a imputabilidade do inadimplemento ao devedor.[637] Com efeito, já se explicitou que o inadimplemento é a não realização, imputável ao devedor ou ao credor, da prestação devida, enquanto devida. Mas, como ressalta Judith Martins-Costa, "os problemas começam quando se tenta alcançar o conceito de imputabilidade"[638], sendo que a doutrina se divide entre aqueles que entendem ser a imputabilidade sempre culposa e aqueles que separam os conceitos de imputabilidade e culpabilidade.[639] Aludindo ao entendimento de Mário Júlio de Almeida Costa no sentido de que pode haver "incumprimento não-culposo e mesmo assim imputável ao devedor, na hipótese deste prometer o cumprimento 'haja o que houver', como ocorre em certas obrigações de resultado e nas obrigações de garantia"[640], a citada autora propõe um critério "omnicompreensivo":

> *Imputar não é inculpar, não é atribuir culpa, é atribuir responsabilidade. Responsabilizar é imputar, não é necessariamente inculpar.*
> (...) Em suma: ao invés de propor um critério de regra/exceção (isto é: culpa = regra; risco, garantia, segurança etc. = exceções), propomos, para melhor sistematizar a matéria, deduzir de um critério único e omnicompreensivo (a imputabilidade ou nexo de atribuição) as variadas espécies que compõem o não-cumprimento imputável. Deste critério único e omnicompreensivo deriva uma dupla forma de imputação: a) a *imputação subjetiva*, regida pelo princípio da inculpação (requerendo ato culposo no suporte fático da responsabilização pelo não-adimplemento) e; b) a *imputação objetiva* (que não requer a culpa), resultante das normas que atribuem a alguém a assunção de um risco ou de um dever de segurança, ou de garantia, ou a responsabilização pela confiança legitimamente suscitada.[641]

Também Pietro Trimarchi propõe que o critério de imputação de responsabilidade deva ser variadamente articulado em relação à natureza e à finalidade dos diversos tipos de contrato, o qual não se destina apenas à realização do

---

[637] Nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 191, ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, cit., p. 582, SERPA LOPES, Miguel Maria de, Curso de direito civil, vol. III, 6. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, p. 204, e GARCEZ NETO, Martinho, Contrato, in CARVALHO SANTOS, J. M. de, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XII, cit., p. 249.

[638] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 84.

[639] A autora cita no primeiro grupo Clóvis do COUTO E SILVA, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, Agostinho ALVIM, Silvio RODRIGUES, SERPA LOPES e Clovis BEVILAQUA, e, no segundo, PONTES DE MIRANDA, Araken de ASSIS e Mário Júlio de ALMEIDA COSTA.

[640] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 87.

[641] MARTINS-COSTA, Judith, Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações, vol. V, tomo II, cit., p. 88.

adimplemento, mas também à distribuição de riscos entre os contratantes.[642] Assim, exemplifica como hipóteses de imputabilidade objetiva todas aquelas em que o inadimplemento seja devido a fatos inerentes à esfera organizativa do devedor, mas que não podem ser associados à sua culpa. Em outras palavras, podem ocorrer, não obstante o emprego de máxima diligência, defeitos de maquinário, atrasos no fornecimento de matéria-prima ou acidentes que atrasem o cronograma de produção e impedem o contratante de cumprir pontualmente obrigações assumidas.[643] São casos de fortuito interno, ou simplesmente de impossibilidade subjetiva, ligados à esfera do devedor. Além de tais hipóteses, também ensejam imputabilidade objetiva, segundo o autor, o inadimplemento de obrigação de resultado, a exemplo da empreitada, os vícios da coisa nas obrigações de dar, a insuficiência financeira não culposa e o inadimplemento devido a fatos de auxiliares e prepostos.

Pode-se dizer que a imputabilidade[644], enquanto nexo de atribuição de responsabilidade, é o eixo central da teoria do inadimplemento, podendo configurar tanto responsabilidade objetiva quanto subjetiva, sendo que, mesmo no tocante a esta última, no campo contratual, a culpa simplesmente se presume do fato do inadimplemento. Esta presunção enseja uma inversão do ônus da prova no sentido de que ao devedor é que incumbe comprovar que a inexecução resultou de impossibilidade superveniente que não lhe pode ser imputada. E a imputabilidade não é afastada apenas pelo caso fortuito ou de força maior, mas também por "outros acontecimentos ou previsões legais, que configuram justamente a 'impossibilidade de prestar' não-imputável ao devedor".[645] Enfim, da mesma forma que a imputabilidade não se confunde com culpabilidade, tampouco se confunde com causalidade.[646] Prova disso é a responsabilidade por fato de terceiro, cuja regra de imputação permite a atribuição da obrigação de indenizar a alguém que não causou o dano diretamente.

---

[642] TRIMARCHI, Pietro, Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale, *Rivista di diritto civile*, maggio-giugno 2008, p. 341-359.

[643] TRIMARCHI, Pietro, Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale, cit., p. 348 e ss.

[644] Esclareça-se que o termo "imputabilidade" aqui refere-se ao inadimplemento e não à capacidade do sujeito de ser responsabilizado, aspecto que não constitui objeto da problemática ora enfrentada.

[645] MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil. Inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II, cit., p. 265. Poderiam ser citadas como exemplo também as cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade contratual.

[646] A advertência é de Jorge Cesa Ferreira da SILVA, *Inadimplemento das obrigações*, cit., p. 178, segundo o qual "por causalidade entende-se a relação entre um efeito (no caso, o dano) e a sua causa, ou seja, o que o tenha gerado. Por sua vez, a imputação é imposição do dever de indenizar, que decorre de uma dada razão jurídica, que pode ser a culpa do causador, ou o risco por ele produzido, ou uma garantia."

De tais considerações iniciais é possível sintetizar a conclusão de que a inexecução ou descumprimento de um contrato, em sentido amplo, pode se verificar na forma de inadimplemento ou de impossibilidade objetiva superveniente, sendo esta alheia ao comportamento ou à atividade do contratante. O inadimplemento, para ensejar a responsabilidade do devedor, deve ser a este imputável, mas não necessariamente por culpa. E, mesmo quando se trata de imputabilidade subjetiva, além de a culpa ser presumida quanto à inexecução da prestação devida, contemporaneamente ainda apresenta uma feição objetiva. Isso se deve à evolução do conceito de culpa desde uma ótica psicológica e estritamente subjetiva, ligada à boa ou má intenção do agente, para uma concepção normativa ou baseada em *standards* de comportamento, o que, nas relações contratuais, explica-se sobretudo pela incidência da boa-fé objetiva e pela noção de diligência em concreto.[647] Nesse sentido, a culpa pode ser conceituada, segundo Marcelo Calixto, como "erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto".[648] A demonstrar a apontada objetivização, é ainda elucidativo o entendimento de Anderson Schreiber:

> Se é certo que a culpa e boa-fé objetiva podem – e, para muitos, devem – ser compreendidas de forma sistemática, exercendo esta última o papel de fonte criadora de deveres de conduta leal cuja violação implica, em sentido técnico, culpa (desnível de comportamento) para fins de verificação de responsabilidade subjetiva, não é menos verdadeiro que, em um tal sistema, a culpa acaba por desempenhar um papel meramente formal como categoria de enquadramento de atos que atingem valores impostos substancialmente por outra cláusula geral.[649]

Enquanto o fenômeno da objetivização da culpa contribui para demonstrar a progressiva dissociação do conceito de inadimplemento (e da conseqüente responsabilidade contratual) da idéia de reprovabilidade moral da conduta do devedor, bastando o seu comportamento objetivamente aferível no sentido da inexecução, a

---

[647] Nesse ponto, observa Aline de Miranda Valverde TERRA, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 46 e ss., que "o dever de diligência integra o conteúdo da prestação e também concorre para a identificação da conduta devida, mas não se confunde com a noção de boa-fé objetiva." Atentando para a fragmentação dos modelos de diligência no âmbito contratual, sustenta ainda a autora: "A individuação da conduta diligente só se afigura possível, portanto, no caso concreto, levando-se em conta as especificidades da relação jurídica, bem como os interesses das partes. Com efeito, o critério de diligência varia qualitativa e quantitativamente de acordo com o concreto vínculo contratual, o que significa que, para cada tipo de relação jurídica, é possível identificar um esforço de diligência devido."

[648] CALIXTO, Marcelo Junqueira, *A culpa na responsabilidade civil* – estrutura e função, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 31.

[649] SCHREIBER, Anderson, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 44.

possível imputabilidade objetiva do inadimplemento leva a uma outra discussão, que diz respeito à relação entre culpa e resolução contratual.

O debate é de longa data travado não apenas no âmbito da doutrina brasileira, mas também no contexto de outros ordenamentos. A propósito, observa Di Majo que, nos sistemas em que a resolução é tradicionalmente judicial, o respectivo pedido normalmente vem acompanhado daquele de ressarcimento das perdas e danos, em geral fundado na culpa, o que induz à natural extensão dos requisitos do segundo ao primeiro. Já nos sistemas em que se pratica a resolução voluntária, extrajudicial, como na *common law*, a ausência de intervenção judicial contribui para a dissociação dos dois elementos, valendo observar que nem mesmo se requer a culpa do contratante impontual para o ressarcimento dos danos.[650]

Releva notar que a normativa internacional e européia, seguindo o modelo da resolução voluntária extrajudicial, não associa a culpa à resolução, mas apenas ao ressarcimento do dano. É o que se depreende da Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias, cujo artigo 79 prevê que, quando o fato do descumprimento não decorrer de culpa do devedor, mesmo assim cabe resolução, mas sem indenização.[651] Na mesma linha, os Princípios *Unidroit* dos contratos comerciais internacionais[652] e os Princípios do Direito Contratual Europeu[653] separam as figuras da resolução e da indenização, podendo ocorrer a primeira independentemente da segunda. Nestes casos, deu-se tratamento praticamente uniforme ao inadimplemento imputável e à impossibilidade objetiva superveniente.

Todavia, esta última solução não se afigura necessária no ordenamento brasileiro, em que a impossibilidade superveniente não-imputável (objetiva), em geral oriunda de caso fortuito ou de força maior, já enseja a extinção *ipso iure* do contrato, a exemplo do disposto no artigo 234 do Código Civil.[654] Todavia, serve para demonstrar

---

[650] Em favor da dissociação entre resolução e culpa mesmo nos sistemas da família romano-germânica, cf. DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 209.

[651] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento, *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 7.

[652] Eis os termos dos comentários ao art. 7.3.1, que trata do direito à resolução do contrato: "As disposições estabelecidas neste Capítulo devem ser aplicadas tanto aos casos em que a parte inadimplente é responsável pelo inadimplemento quanto àqueles em que o inadimplemento é escusável com a conseqüência de que o credor não pode requerer nem a execução em forma específica e tampouco o ressarcimento do dano por inadimplemento." Tradução livre da versão italiana, Roma, Unidroit, 2004.

[653] Cf. LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 411, em nota ao art. 9:302.

[654] CC/2002: "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."

que a idéia de resolução vem sendo cada vez mais conexa à de rompimento do equilíbrio sinalagmático e à frustração dos interesses que levaram à contratação, sendo estes, muito mais do que a culpa do devedor, os fatores que a justificam. Vale notar, como já se sustentou, que sequer a culpa permanece sendo fundamento absoluto da reparação, o que se comprova, apenas para citar alguns exemplos, pelas cláusulas gerais de responsabilidade objetiva fundadas risco da atividade, constantes dos artigos 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil de 2002[655], bem como pela responsabilidade do fornecedor pelo vício ou fato do produto ou do serviço, fundada do risco do empreendimento. Na disciplina consumerista, o vício enseja a responsabilidade contratual do fornecedor, permitindo a resolução do contrato mediante a restituição imediata da quantia paga, independentemente da comprovação de culpa.

Ora, se o inadimplemento imputável então não depende, para o seu reconhecimento, do elemento culposo, este também não é um requisito essencial da resolução, para a qual basta que o inadimplemento possa ser imputável ao devedor, independentemente de ser essa imputabilidade subjetiva ou objetiva. A resolução, assim, perde pouco a pouco o seu caráter de sanção pelo inadimplemento culposo[656], para tornar-se conseqüência da impossibilidade de atuação dos interesses determinantes da relação obrigacional, especialmente do contratante adimplente.[657] A corroborar essa idéia, basta verificar que, mesmo sendo culposo ou doloso o comportamento do contratante, tal, por si só, não basta para ensejar resolução se o inadimplemento for mínimo, ou seja, afetar minimamente o resultado útil programado e o interesse do credor.

Essa constatação é fundamental para sustentar, com vistas a um mais amplo campo de operatividade da cláusula resolutiva expressa, a possibilidade não só de resolução judicial, mas, também, de resolução extrajudicial por imputabilidade objetiva do inadimplemento, quando as partes assim estabelecerem, valendo-se de alguma regra legal de imputação objetiva ou prevendo novas hipóteses. Corrige-se, pois, o equívoco

---

[655] Para uma análise aprofundada dos pressupostos de aplicabilidade das cláusulas gerais citadas, cf. SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, no prelo.

[656] A constatação é de GIORGIANNI, Michele, Inadempimento, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1970, p. 888.

[657] MUTARELLI, Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa, in *Rivista del diritto civile*, 1978, II, p. 258 e ss.. O mesmo entendimento é sustentado na doutrina italiana por DELLACASA-ADDIS, Inattuazione e risoluzione: i rimedi, in AA.VV., *Trattato del contratto*, I rimedi-2, a cura di Vicenzo Roppo, Milano, 2006, p. 306 e ss., para quem "*quando le parti prevedono che il contratto debba considerarsi risolto al verificarsi di un inadempimento non colposo non violano nessuna norma imperativa, (...) ma perseguono, al contrario, un interesse meritevole di tutela*."

das equações absolutas imputabilidade/culpa, perdas e danos/culpa e resolução/culpa. Rompe-se, enfim, com o tradicional entendimento de que a eficácia da cláusula resolutiva expressa pressupõe a conduta culposa do devedor e privilegia-se, por outro lado, a autonomia negocial como meio de operatividade da autotutela.

No contexto em que se busca o campo de expansão da figura em análise, ganha relevância uma outra questão, que é a do enquadramento da disciplina dos vícios redibitórios no regime do inadimplemento. O problema esbarra na tradicional diferenciação, comum aos sistemas de formação romanística, entre responsabilidade e garantia, na medida em que esta última não pressupõe a culpa e, por isso, não admitiria alguns efeitos próprios do inadimplemento, como o ressarcimento do dano e a execução específica. Restariam ao contratante prejudicado as ações redibitória ou *quanti minoris*. Diversamente, a um jurista da *common law* afigura-se incompreensível que a entrega de uma coisa viciada ou defeituosa não possa ser considerada quebra de contrato (*breach of contract*) e inadimplemento[658], tendo sido esta a solução adotada pela Convenção de Viena sobre venda de mercadorias, em que a noção de vício simplesmente foi substituída pela de "conformidade dos bens" (art. 35).

Mas, segundo explica Adolfo Di Majo, a idéia de garantia tem a sua lógica: nos contratos que têm por objeto a transferência ou uso de coisa, é interesse do credor ter à sua disposição um remédio de fácil operação, que o exima de ter que discutir a responsabilidade do outro contratante e que lhe dê a possibilidade de dissolver mais rapidamente o vínculo, caso não prefira o abatimento do preço.[659] Ocorre que, na prática, as medidas cabíveis em caso de vício redibitório, por não eximirem o contratante lesado do ônus de acionar o judiciário, perdem em eficiência, o que esvazia aquela lógica. Mesmo não exigindo a discussão sobre a culpa do contratante que entregou a coisa, a não ser quando a parte prejudicada pretenda o ressarcimento de perdas e danos, a ação redibitória é uma espécie de resolução judicial[660], com os seus naturais percalços. Cumpre então investigar se os vícios redibitórios não poderiam ensejar também a resolução extrajudicial.

---

[658] TREITEL, G. H., *Remedies for breach of contract – a comparative account*, cit., p. 22 e ss..

[659] DI MAJO, Adolfo, Le tutele contrattuali, cit., p. 19.

[660] Em sentido contrário, cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, cit., p. 74 e ss., que fundamenta a distinção apenas no fato de que "o 'vício redibitório' exige a presença do vício ou defeito oculto no momento da formação do contrato ou da tradição", o que nesta sede se entende não ser obstáculo à aproximação das duas figuras.

Uma vez compreendido o inadimplemento como não cumprimento imputável, subjetiva ou objetivamente, da prestação devida, entende-se plenamente possível a configuração dos vícios redibitórios como inadimplemento objetivamente imputável. E tal solução não retira da disciplina dos vícios a natureza de garantia legal, valendo lembrar, como já exposto, que a imputabilidade objetiva é aplicável às obrigações de garantia em geral.

A proposta é há muito debatida, sendo que, em outros países, chegou-se mesmo a configurar os vícios, ao lado de outras situações, como uma terceira espécie de inadimplemento, designado de cumprimento defeituoso ou inexato. Esta "terceira via" abrangeria todas as hipóteses de vícios, de direito ou do objeto, e de falta de qualidade.[661] No entanto, observa Jorge Cesa Ferreira da Silva que tal formulação não parece justificável no ordenamento brasileiro, em que se mostram suficientes as espécies de inadimplemento já existentes, nos seguintes termos:

> Em primeiro lugar, as regras sobre vícios comungam, ao par com o inadimplemento absoluto e a mora, do *mesmo fundamento de proteção*. Assim como as regras sobre inadimplemento absoluto e sobre mora – forjadas em desenvolvimentos estruturados sobre a noção de obrigação simples – as regras sobre vícios buscam, axiologicamente, a manutenção do sinalagma. (...)
>
> Nestes termos, calcados no mesmo fundamento axiológico, ao invés de incluir os vícios em uma terceira figura de inadimplemento, mais correto seria reagrupar as regras sobre os vícios na classificação dicotômica: mora e inadimplemento absoluto. Os casos de redibição seriam regulados como inadimplemento absoluto, os de redução proporcional do valor (*quanti minoris*), como impossibilidade parcial (arts. 866 e 867 do CC) e os de atraso no cumprir corretamente a prestação (p. ex., art. 18, CDC), como casos de mora. Com isso, preservar-se-ia o modelo conceitual absolutamente prevalente entre nós, sem se perder em abstrações desnecessárias.[662]

Aderindo em parte aos argumentos sustentados, tem-se que a unidade de fundamento atribuída pelo autor às duas figuras é, mais do que "axiológica",

---

[661] Cf. VARELA, João de Matos Antunes, Das obrigações em geral, 2007, cit., p. 126 e ss.; e MARTINEZ, Pedro Nuno Tavares Romano e Soares, *Cumprimento defeituoso*: em especial na compra e venda e na empreitada, Coimbra, Almedina, 1994, p. 152 e ss..

[662] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 199 e ss.. Refutando os argumentos de Karl LARENZ, afirma ainda o autor: "Autores há, contudo, que expressamente discordam desta compreensão. É o caso de LARENZ, Lehrbuch, II, cit., p. 68 ss., segundo o qual o fundamento para cada um dos grupos de regras é rigorosamente distinto. O inadimplemento liga-se a uma infração do dever de prestação, ao passo que as regras sobre vícios, ao engano ou frustração das fundadas expectativas do credor com relação às qualidades da coisa. Por isso, cada uma das hipóteses possui suportes fáticos distintos, não nascendo em caso de vício, por exemplo, a pretensão ao adimplemento posterior. Esta posição, contudo, não pode ser aceita. Sem dúvida alguma, as regras sobre o inadimplemento dizem respeito ao dever de prestação. Porém, em plano hipotético, nada impede que se compreenda o dever de prestação incluindo-o em seu âmbito também o objeto do dever, ou seja, a coisa ou o fato. O cumprimento, assim, só se verificará quando tanto o ato de prestar quanto o seu objeto, estiverem em condições de satisfazer objetivamente os interesses do credor, concretizando o fim da obrigação. De outra parte, admitindo-se a distinção entre o inadimplemento objetivo (concreta não-realização do devido em face do vínculo, independentemento do motivo) e o inadimplemento subjetivo (não-realização do devido motivado pelo ato do devedor), as hipóteses de vícios passam a apresentar-se, *pelo menos*, como muito semelhantes às do inadimplemento."

teleológica, por levar em conta a perspectiva funcional da obrigação e uma ampla concepção de *prestação devida*, nos termos já explicitados no segundo capítulo deste trabalho. Pode-se dizer, portanto, que tanto redibição por vício quanto resolução por inadimplemento são remédios orientados à tutela dos interesses que determinaram o contrato e, por conseguinte, do interesse do credor em desfazê-lo, quando se revelar frustrado o resultado útil programado, com quebra do sinalagma.[663]

Cabe frisar que não se trata de simples superposição de categorias, pois permanece válida a disciplina dos vícios redibitórios com os seus remédios típicos, inclusive os prazos decadenciais aplicáveis. O que releva, nesta sede, é apenas reforçar um possível ponto de contato entre as duas disciplinas, para admitir-se a redibição extrajudicial por meio de cláusula resolutiva expressa, solução esta que permite reconhecer ao contratante lesado o exercício legítimo da autotutela de seu interesse. Defende-se, neste ponto, uma solução que concilie as duas disciplinas, sem que uma necessariamente exclua a outra, de modo que a garantia de responsabilidade objetiva caduque após o término dos prazos decadenciais, inclusive quando invocada por meio de cláusula resolutiva expressa. Após o decurso de tais prazos, a resolução, seja ela judicial ou extrajudicial, passa a ser embasada na imputabilidade subjetiva incumbindo ao credor provar a culpa do devedor.[664] Mas nada obsta a estipulação de um prazo maior de garantia por cláusula contratual, observados os termos do artigo 446 do Código Civil.[665]

É importante, todavia, não olvidar que, como qualquer cláusula resolutiva expressa, também aquela que tem por justificativa a ocorrência de vício que torne a coisa imprestável para o fim a que se destina depende, para a sua plena eficácia, da notificação da resolução, devidamente fundamentada, de modo que o devedor possa, se quiser, impugná-la, hipótese em que o controle judicial se tornará inevitável. Por outro lado, a cláusula resolutiva tem a vantagem de isentar o contratante prejudicado do ônus de ajuizar uma ação redibitória para extinguir o contrato, liberando-o do vínculo e

---

[663] No caso de contratos unilaterais aos quais a lei determina, excepcionalmente, a incidência da garantia por vícios redibitórios, a exemplo da doação onerosa, não é propriamente a quebra do sinalagma o fundamento da garantia, mas apenas frustração do interesse que levou ao ato de liberalidade.

[664] A propósito, observa Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*, cit., p. 74, que se o contratante "decair do direito de redibir, pela passagem do tempo, não perde ele o direito de resolver, apenas deverá provar que o descumprimento é imputável ao alienante."

[665] CC/2002: "Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência."

permitindo-lhe, sob seu próprio risco, até mesmo deixar de efetuar pagamentos pendentes.

Insta observar que, no tocante aos vícios de direito, como a evicção, a mesma lógica não se aplica, pois, operada a perda da coisa por força de direito anterior de terceiro, torna-se desnecessária a resolução do contrato anteriormente celebrado, competindo ao evicto apenas o ajuizamento da ação de reparação de perdas e danos.

Assentado o principal fundamento da cláusula resolutiva expressa, que é a frustração dos interesses que levaram à contratação, com a quebra do sinalagma funcional, e, bem assim, o fato de que a função precípua da cláusula não é propriamente a de sancionar o contratante faltoso, mas, sim, a de viabilizar a rápida liberação do vínculo quando o resultado útil programado já não se revele viável, vislumbra-se, ainda, outro campo de expansão da cláusula, para abranger as hipóteses de "resolução por excessiva onerosidade", prevista no artigo 478 do Código Civil.[666]

Nesta última hipótese, é o próprio código que prevê a figura da resolução, porém não decorrente de inadimplemento, mas de "acontecimentos extraordinários e imprevisíveis", suficientes para romper o equilíbrio do contrato. Não é caso de impossibilidade, nem de inadimplemento, mas de dificuldade no cumprimento da prestação, gerada por fato alheio à conduta das partes.[667] Disso resulta a atuação da cláusula como verdadeira condição resolutiva, permitindo ao contratante excessivamente onerado desfazer o contrato e liberar-se do vínculo, sempre que não for viável a revisão e a conservação do negócio.

Contudo, a fim de prevenirem qualquer abuso, evidentemente às partes incumbiria definir, previa, expressa e minudentemente na cláusula, o que consideram "excessiva onerosidade". Poderiam prever, por exemplo, "um desequilíbrio contratual devido ao aumento de x % do custo de certa despesa, material ou mão-de-obra necessários ao cumprimento da prestação." Se a cláusula resolutiva expressa for admitida estritamente nas hipóteses de inadimplemento, o contratante prejudicado pela ocorrência de um risco que não assumiu, onerando-lhe excessivamente, somente teria

---

[666] CC/2002: "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a *resolução do contrato*. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

[667] Para um aprofundamento acerca da resolução por excessiva onerosidade, cf. SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, *O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil*, in TEPEDINO, Gustavo (Coordenador), Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

como remédio o ajuizamento de uma demorada ação de revisão ou de resolução. O assunto suscita a necessidade de aprofundamentos incabíveis no âmbito deste trabalho, delimitado à autotutela pelo inadimplemento contratual, mas, de antemão, serve para sinalizar outros caminhos de expansão da cláusula resolutiva expressa para além do próprio inadimplemento.

As considerações até então já desenvolvidas têm estreita correlação com a função do contrato e da própria responsabilidade contratual. Sabe-se que, com o contrato, uma parte busca o empenho da outra para que possa conseguir um bem ou serviço a fim de satisfazer certo interesse, e, juntas, podem distribuir entre si os riscos de dificuldades e imprevistos inculpáveis que podem turbar a consecução do resultado útil programado. Segundo Pietro Trimarchi, esses dois aspectos, empenho e garantia contra riscos inculpáveis, podem apresentar-se e combinar-se em diversa medida nos diversos tipos de contrato, e também nos diversos contratos concretos no âmbito do mesmo tipo. Para o autor, em matéria contratual, a determinação do esforço devido e a distribuição de riscos não se pode reduzir à aplicação de um critério abstrato e objetivo, porque se trata de dar atuação a um programa contratual que as partes construíram à base de suas próprias avaliações subjetivas de conveniência.[668]

As ponderações de Trimarchi servem a uma reflexão acerca da lógica econômica ínsita à cláusula resolutiva expressa: o fato de os contratantes poderem convencionar que o contrato se resolva em específicas situações, inclusive por imputabilidade objetiva, corrobora não apenas a autonomia negocial e a autotutela, mas também um meio e medida, por elas eleito, de distribuir os riscos contratuais.[669]

---

[668] TRIMARCHI, Pietro, Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale, cit..

[669] Nesse sentido, é pertinente é a argumentação de FONTANELLA, Marta, Imputabilità dell'inadempimento e clausole risolutiva espressa, in *I Contratti*, n. 11, 2007, p. 970: "*Senza clausola risolutiva espressa, le parti sanno che il debitore si acolla tale rischio fino ad un certo punto: sarà poi il giudice ad accertare, in base alle norme generali, se l'inadempimento sia dipeso o meno da causa imputabile al debitore e se questo ne sia quindi responsabile. Pattuendo la clausola, invece, le parti possono derrogare alla disciplina generale, sostituendovi nuovi criteri di imputazione dell'inadempimento, nel caso anche oggettivi. Se, quindi, il giudice applica sempre i criteri soggettivi, anche in presenza della clausola risolutiva espressa, finisce per vanificare l'esercizio della libertà contrattuale delle parti. I motivi dell'inserimento della clausola, infatti, sono spesso legati alle dinamiche della produzione e dello scambio di beni e servizi. Da un punto di vista economico, l'inadempimento di una controparte oggi può determinare ingenti danni a catena, specialmente se, per risolvere lo sfortunato contratto in via giudiziale, servono anni di attesa nelle aule di un tribunale. Ed i danni restano tali, anche quando il debitore non è colpevole dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1176 c.c. Ecco allora che l'inserimento della clausola – se si da una lettura oggettiva della stessa – diventa utile, in certi casi anche necessario, al contraente accorto e previdente, al fine di controllare i rischi dell'inadempimento in quanto tale, a prescindere dalle ragioni che la hanno cagionato e a prescindere dal fatto che una parte abbia diritto a chiedere nei confronti dell'altra un risarcimento.*"

3.2.1.2 A aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa às coligações contratuais.

Assim como os remédios da exceção de contrato não cumprido e da retenção, também a cláusula resolutiva expressa deve ser analisada no contexto da coligação contratual, fenômeno que igualmente denota a sua vocação expansiva. Neste particular, imagine-se que um ou mais dos contratos envolvidos na conexão se resolva, comprometendo a suprafunção econômico-social e o resultado útil pretendido com a totalidade dos contratos e implicando, por conseguinte, a resolução de todos os outros. Exemplo emblemático é a resolução de contrato de financiamento conexo a compra e venda cujo objeto não foi entregue ao adquirente.[670] A propósito, esclarece Carlos Nelson Konder:

> (...) a extinção de um dos negócios componentes do regulamento de interesses instituído pelas partes plurinegocialmente pode fazer com que reste prejudicada a função comum desempenhada pela coligação negocial e, assim, que os demais negócios componentes dessa função comum percam sua razão de existir – a função social em razão da qual são tutelados.[671]

A resolução pode ocorrer tanto em hipóteses de coligação legal ou necessária quanto de coligação voluntária[672], e pode se dar judicial ou extrajudicialmente. Neste último caso, havendo cláusula resolutiva expressa em apenas um dos contratos, a resolução dos demais, apesar de conexos, não poderá ocorrer de pleno *iure*, isto é, automaticamente, fazendo-se necessária, na falta de uma composição entre as partes, a intervenção judicial. Mas, se a cláusula resolutiva expressa for estabelecida no(s) outro(s) contrato(s), incluindo entre as causas de resolução não apenas a inexecução da prestação no contrato singular, mas em todos os outros conexos, certamente a cláusula surtirá a extinção de todas as relações e a resolução convencional extrajudicial terá plena eficácia.

Tal é o que se verifica nas hipótese de *cross default* ou inadimplemento cruzado, estabelecido por meio de "cláusulas presentes em contratos que determinam que o devedor estará em situação de falha (*default*) no contrato em questão toda vez que

---

[670] TJRS, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Apel. Cível nº 70001462845, julg. em 07.02.2001: "Rescisão de contrato de compra e venda. Financiamento. Não realizada a entrega da mercadoria adquirida, cabível a rescisão do contrato de compra e venda, bem assim o cancelamento do financiamento, dada a vinculação entre os negócios jurídicos. Contratos coligados. Hipótese em que um negócio jurídico não sobrevive diante da rescisão do outro, por estarem vinculados. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Apelação a que se nega provimento."

[671] KONDER, Carlos Nelson, Contratos conexos, cit., p. 228.

[672] As espécies de coligação contratual foram tratadas no item 3.1.1.2.

deixar de cumprir quaisquer outras obrigações em outros contratos".[673] A coligação voluntária, por meio da estipulação de recíprocas cláusulas resolutivas expressas, tem neste caso uma função específica, que é a de diluir os riscos da operação econômica considerada do ponto de vista global e de prevenir prejuízos em caso de dúvida quanto à solvabilidade do devedor, causada pela impontualidade. Pode também servir para garantir certos resultados, como observa Eduardo Takemi:

> Exemplo da primeira situação é justamente o financiamento, pois ao primeiro sinal de inadimplemento do devedor, a dívida vence-se antecipadamente garantindo a exigibilidade imediata do pagamento a tempo de recuperar os créditos, antes de eventual situação de insolvência. É um mecanismo de gestão contratual do risco de um financiamento, ou de um empreendimento em que seja feito um investimento empresarial.
> Sobre o segundo aspecto, a cláusula de *cross default* pode significar a obtenção de taxas de juros mais reduzidas para o financiamento quando se apõe esta cláusula no bojo do contrato. Isso porque, a vantagem dessa cláusula, insista-se, é permitir uma ação prematura para recuperação do crédito, com evidentes vantagens para o pólo credor, nomeadamente no que torna à redução do risco.[674]

A cláusula *cross default* opera como uma condição resolutiva[675], revelando-se bastante freqüente em contratos bancários para o financiamento de empreendimentos empresariais, mas nada impede a sua previsão em outros contratos. Em tais casos, é a vontade dos contratantes o próprio índice da conexão dos contratos e, por isso, trata-se de uma coligação voluntária. A respeito, esclarece ainda Carlos Nelson Konder:

> (...) embora a vontade expressa – o *animus* de coligar – não seja o elemento unificador de todas as espécies de coligação, como pretendiam certos doutrinadores italianos, não deixa de ser um índice de conexão contratual. Atendendo aos preceitos fundamentais do ordenamento, nada impede que o exercício da autonomia privada produza hipóteses de conexão contratual, como em um exemplo óbvio, a existência de cláusula contratual expressa em cada contrato vinculando-o a outro. Em tais hipóteses, o exercício da autonomia privada realiza a conexão, suprindo a busca do aplicador por indícios por meio da vontade livremente manifestada pelas partes. [676]

Note-se que a interligação dos contratos, com o objetivo de diluir os riscos e prevenir prejuízos, consubstancia uma correspectividade também voluntária, nos termos propostos neste trabalho. Como já sustentado no tópico que tratou da exceção de

---

[673] GIFFONI, Adriana de Oliveira, As cláusulas "cross default" em contratos financeiros, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 121, São Paulo, Malheiros, jan./mar. 2001, p. 148.

[674] KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos, *A coligação contratual*, cit., p. 108. O autor apresenta diversas modalidades de cláusula *cross default*, como a que permite ao financiador cortar imediatamente outras linhas de financiamento em caso de inadimplemento de contrato de crédito; a que permite, em razão do inadimplemento num contrato ou de risco de insolvência, o vencimento antecipado de dívidas existentes por força de outros contratos; e a que permite a resolução do negócio se o devedor, ou alguma de suas filiais ou controladas, deixar de cumprir obrigações perante terceiros.

[675] Em defesa de um renovado uso da condição (no caso, resolutiva) com função de autotutela contratual, cf. LENZI, Raffaele, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, Milano, Giuffrè, 1996.

[676] KONDER, Carlos Nelson, *Contratos conexos*, cit., p. 184.

contrato não cumprido, a correspectividade voluntária ou ampla não significa reciprocidade de atribuições patrimoniais (o que ocorre nos contratos coligados com função de troca ou permutação - *in funzione scambio*). Basta um nexo, uma interligação que vincule as prestações de diversos contratos, de modo que o adimplemento de uma seja condição do adimplemento da outra e, por isso, o inadimplemento de uma possa ensejar a suspensão da execução da outra (*exceptio*) ou até mesmo a resolução do respectivo contrato. É como se o inadimplemento no âmbito de um contrato singular propagasse os seus efeitos, e remédios aplicáveis, a todos os outros contratos interligados.

Assim, pode-se dizer, com Guido Biscontini, que o remédio da resolução incide não propriamente sobre o contrato, mas sobre a relação, e tende a evitar desequilíbrios ou riscos de desequilíbrios entre as prestações correspectivas, devido ao fato de apenas uma parte ser adimplente. O perfil funcional da resolução torna possível a sua aplicação em todas as hipóteses em que subsistem as concretas condições que justificam a sua operatividade, especialmente no caso de inadimplemento, inclusive quando a correspectividade se dá entre distintos contratos.[677]

Apesar de se ter afirmado que a resolução legal distingue-se da resolução convencional porque aquela depende sempre da correspectividade, ao passo que esta pode ocorrer mesmo no âmbito de contratos unilaterais, o mesmo não se aplica às hipóteses de coligação contratual. Isso porque a autonomia conferida à resolução convencional (cláusula resolutiva expressa) relativamente à noção de correspectividade mostra-se especialmente útil em um contrato singular, justamente por permitir, como dito, a operatividade da cláusula também em contratos unilaterais.[678] Porém, nas relações contratuais conexas, a correspectividade entre prestações de diversos contratos será sempre um pressuposto da resolução, seja judicial ou extrajudicial. Vale dizer: como a resolução se trata de um remédio extremo, justamente porque extingue a relação, ela somente se justifica quando os interesses que sustentam a própria conexão sejam efetivamente prejudicados.

---

[677] BISCONTINI, Guido, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, cit., p. 73, e CASTIGLIA, Giuseppe, Negozi collegati in funzione di scambio, cit., p. 397 e ss., o qual evidencia a necessidade de se estender a disciplina da resolução, da rescisão por lesão e estado de perigo e da invalidade também aos negócios coligados em função de permutação.

[678] Note-se que, para a exceção de contrato não cumprido, a correspectividade é sempre necessária, ao passo que, para o exercício do direito de retenção, não o é.

Na hipótese de *cross default*, o inadimplemento em um contrato singular pode fazer com que não subsista o interesse do outro contratante em assumir os riscos de uma dada operação econômica. A não assunção de certos riscos também se coloca como um interesse merecedor de tutela, a ponto de justificar a extinção de todas as relações contratuais conexas.

Assim é que não basta, para a resolução de todos os contratos, o descumprimento de um contrato coligado sem que sejam seriamente afetados os interesses que levaram as partes a contratar. Também nesse sentido afirma Carlos Nelson Konder, atentando para as hipóteses de dependência unilateral:

> Entretanto, vale lembrar que o reconhecimento da conexão entre os contratos, de maneira geral, não significa que a resolução de um importe automaticamente a dissolução do outro, uma vez que a natureza da vinculação entre eles decorrerá do exame do caso concreto, podendo constituir apenas dependência unilateral.[679]

É fundamental, portanto, para que a resolução, judicial ou extrajudicial possa ocorrer, que haja, além de uma coligação bilateral (influência recíproca entre os contratos), também a correspectividade entre os contratos, em sentido estrito ou amplo. Tratando-se de coligação unilateral (influência unidirecional de um contrato sobre outro), evidentemente não se justifica a aposição de cláusula resolutiva expressa, pois a resolução do contrato dependente ocorrerá naturalmente por força do princípio da acessoriedade.

Demonstradas, portanto, as condições de aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa às coligações contratuais, cabe investigar a viabilidade de se adotar no ordenamento brasileiro outros instrumentos, atípicos, de resolução extrajudicial.

3.2.2 Possibilidade e utilidade da ampliação dos instrumentos de resolução extrajudicial como expressão de autotutela contratual.

A previsão pelo Código Civil em vigor da figura da cláusula resolutiva expressa denota a adoção pelo ordenamento brasileiro de um sistema misto, conjugando com a

---

[679] KONDER, Carlos Nelson, Contratos conexos, cit., p. 233. O autor exemplifica com o caso do "Jardim Belvedere", julgado pelo STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Resp. 337040, DJ 01.07.2002, assim ementado: "Resolução do contrato. Contratos coligados. Inadimplemento de um deles. Celebrados dois contratos coligados, um principal e outro secundário, o primeiro tendo por objeto um lote com casa de moradia, e o segundo versando sobre dois lotes contíguos, para área de lazer, a falta de pagamento integral do preço desse segundo contrato pode levar à sua resolução, conservando-se o principal, cujo preço foi integralmente pago. Recurso não conhecido."

tradicional resolução judicial uma modalidade de resolução extrajudicial, de caráter convencional. Afirma-se em doutrina a maior proximidade do sistema brasileiro com o francês[680], cujo artigo 1.184[681] do *Code*, tradicionalmente, enuncia o reconhecido "princípio da resolução judiciária"[682], reputando imprescindível a verificação pelo juiz da relevância da inexecução. No entanto, mesmo no ordenamento francês, tal orientação é mitigada pela própria lei[683] em certos casos e, cada vez mais, também pela jurisprudência, que vem admitindo a resolução extrajudicial, seja por cláusula resolutiva convencional, seja por declaração unilateral da parte prejudicada pela inexecução, independentemente de ter o contrato prazo determinado ou indeterminado ou de ser de execução instantânea ou sucessiva.[684]

A segunda modalidade de resolução extrajudicial sobredita, unilateral e independente de autorização legal ou até mesmo de cláusula contratual expressa, é designada pela doutrina francesa como "resolução sob os riscos e perigos do credor" (*résolution aux risques e périls du créancier*), por sujeitar-se à possibilidade de controle judicial *a posteriori* e às sanções, sobretudo indenizatórias, em caso de abuso. Apesar de ser uma expressão de justiça privada, a jurisprudência naquele sistema vem admitindo tal espécie de resolução unilateral notadamente em hipóteses de infrações contratuais graves ou de perigo iminente[685], neste segundo caso sempre que a manutenção do contrato seja suscetível de causar a uma das partes um dano irreparável.

Como observa François Terré, com base na recente jurisprudência, permite-se a um contratante extinguir rapidamente uma relação contratual, privada de sua vitalidade econômica em razão da inexecução das respectivas obrigações, de modo que tenha condições de concluir outro contrato indispensável à realização da operação perseguida

---

[680] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, cit., p. 133.

[681] "*Article 1184 (al. 3): La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*."

[682] A expressão é largamente utilizada pela doutrina francesa, segundo TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 632.

[683] Exemplos extraídos daquele ordenamento encontram-se no artigo 1.657 do *Code*, que trata da resolução extrajudicial da venda em caso de expiração do prazo convencionado para a retirada de mercadorias pelo comprador; no artigo 113-3 do *Code des assurances*, que autoriza ao segurador considerar resolvido o contrato, sem recorrer à justiça e após certo prazo, em caso de não pagamento do prêmio pelo segurado; e no artigo 114-1 do *Code de la consommation*, que permite a resolução na hipótese de atraso na entrega da mercadoria ou na prestação de serviços contratados, superior a 7 dias e não oriundo de força maior.

[684] Nesse sentido, TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 649, que cita diversos casos julgados pela Court de Cassation e vasta doutrina na mesma linha.

[685] Registram-se na jurisprudência francesa os casos recorrentes de expulsão de espectador que ameaça a continuidade de uma apresentação e de negativa de acesso de paciente alcoolizado a clínica, para preservar a segurança dos demais pacientes. Cf. François TERRÉ *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 649.

e, assim, de seu legítimo interesse.[686] Reforça-se, desse modo, tanto no âmbito da resolução por declaração unilateral quanto no da cláusula resolutiva expressa, mais o papel do juiz de controlar, posteriormente e se necessário, o comportamento dos contratantes, do que aquele propriamente de pronunciar a resolução, assegurando-se, por outro lado, as vantagens de tais medidas, especialmente a celeridade nas negociações.

A mesma orientação seguiu o ordenamento italiano, que, todavia, diversamente do francês, admite no próprio *Codice Civile* outros meios de resolução extrajudicial (*di diritto*) além da cláusula resolutiva expressa[687], quais sejam, a *diffida ad adempiere*[688] e o *termine essenziale*.[689] A primeira opera mediante notificação do contratante inadimplente para satisfazer a obrigação num certo prazo, que deve ser razoável. Sua função precípua é a de compelir o contratante ao adimplemento e, subsidiariamente, de promover a resolução. Ambas as hipóteses de resolução extrajudicial prescindem de cláusula contratual que as autorize e consubstanciam modalidades de resolução unilateral, diferenciando-se quanto ao aspecto de que, na primeira, o termo inicialmente previsto não é essencial para a satisfação do interesse do credor e do resultado útil programado, ao passo que, no segundo, o é. A notificação para adimplir (*diffida ad adempiere*) aplica-se na ausência de cláusula resolutiva expressa ou de termo essencial. A essencialidade do termo, por sua vez, deve ser inequívoca no contexto do contrato e pode ser objetiva (resultante da natureza da prestação ou da modalidade de sua execução) ou subjetiva (segundo cláusula contratual que, conforme os interesses em jogo, repute ser fundamental o termo estabelecido). Sendo essencial o termo, sequer é

---

[686] TERRÉ, François *et alii*, *Droit civil*: les obligations, cit., p. 651.

[687] "*Art. 1456* ***Clausola risolutiva espressa***
I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.
In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto (1517) quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva."

[688] "*Art. 1454* ***Diffida ad adempiere***
Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risoluto (1662,1901). / Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore. / Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto."

[689] "*Art. 1457* ***Termine essenziale per una delle parti***
Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale all'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni (2964).
In mancanza, il contratto s'intende risoluto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione."

necessária a prévia notificação da parte inadimplente para concessão de prazo adicional para cumprimento da obrigação, embora tal até possa ocorrer.[690]

Os remédios citados envolvem uma delicada relação entre a autonomia das partes e controle estatal, pois remetem à idéia de autotutela, mas sem afastar por completo a intervenção judicial quando se mostre necessário aferir se o efeito resolutório resulta de um inadimplemento efetivamente violador do equilíbrio sinalagmático.[691] Nesse sentido, a gravidade do inadimplemento, que, no caso do termo essencial, é absorvida pela própria noção de essencialidade[692], deve se verificar para que a resolução não se figure abusiva.[693]

Note-se que um crescente segmento da doutrina italiana sequer considera taxativo o elenco legal dos instrumentos de resolução extrajudicial, dando margem a que os contratantes, com base em sua autonomia, possam se valer de outros remédios, entendimento afinado com o "processo de progressiva transformação da resolução extrajudicial de esquema típico a esquema atípico de extinção negocial".[694] É ainda Di Majo quem atenta para o caráter dispositivo da disciplina da resolução:

> *Può infine chiedersi se l'elenco dei rimedi, così come previsti nel codice, sia da considerare esaustivo e cioè preclusivo di altre forme. Ove si ritenga che qui la disciplina sia prettamente a carattere* ***dispositivo****, dovrebbe ritenersi non precluso alle parti scegliere altre forme di rimedi e/o diversamente regolarne la modalità. Vero è tuttavia che l'ampiezza e forse anche la genericità di taluni di essi (quale ad es. la diffida ad adempiere) può coprire ampi spazi di autonomia, così da rendere poco probabile il ricorso a rimedi di tipo diverso.*[695]

Também no código civil argentino há previsão de resolução extrajudicial unilateral[696], independentemente de cláusula resolutiva expressa, mediante prévia

---

[690] Cf. SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, tomo secondo, 3. ed., Torino, UTET, 2004, p. 660.
[691] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 227.
[692] SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio, Il contratto, tomo secondo, cit., p. 661.
[693] Nesse sentido, cf. DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 227 e 234; e SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio, Il contratto, tomo secondo, cit., p. 655 e 661.
[694] Em favor da expansão, afinada com a evolução do direito contratual europeu, cf., por todos, DELLA-CASA, Risoluzione giudiziale e 'di diritto': orientamenti e problemi, in AA.VV., *Trattato del contratto*, I rimedi-2, a cura di Vicenzo Roppo, V, Milano, 2006, p. 152. O autor cita a figura atípica da "exceção de resolução", pela qual, ao recusar o adimplemento tardio, ou seja, após o termo, e, correlatamente, a execução da contraprestação que lhe compete, o contratante fiel opõe ao inadimplente a resolução extrajudicial do contrato.
[695] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 226.
[696] "*Artículo 1204.*
(…) *No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios*."

notificação concedendo prazo para adimplemento, adotando figura similar à *diffida ad adempiere* do direito italiano.

Dos sistemas pertencentes à família romano-germânica, o alemão é o menos conservador, tendo optado pela não intervenção judicial e previsto apenas a resolução extrajudicial, por iniciativa do contratante lesado, quando o inadimplemento é sério.[697] A extinção do contrato dá-se com o término do prazo concedido para o adimplemento, por simples notificação preventiva (*Nachfrist*), tal como se verifica com a italiana *diffida*. E a *Nachfrist* igualmente não é necessária em caso de inviabilidade de adimplemento ou quando as partes já tenham previsto um termo considerado essencial. É interessante notar que o código alemão, em seu artigo 323 (4), prevê a resolução extrajudicial por notificação até mesmo em casos de inadimplemento antecipado, o que se mostra consentâneo com a perpectiva funcional da relação obrigacional.

O sistema americano é ainda mais liberal, por sequer prever a prévia notificação do contratante inadimplente ou qualquer outra formalidade, bastando a simples declaração de querer extinguir o contrato, mediante enunciação dos motivos (*grounds*) em que se funda a resolução (*termination*). Eventual apreciação judicial pode ocorrer, quando a parte supostamente inadimplente contesta a resolução. [698]

No ordenamento inglês, a resolução por inadimplemento também não precisa ser judicial, pois deriva da vontade dos contratantes e de seu comportamento. Diante da inexecução ou do cumprimento incompleto ou imperfeito que afete a essência do contrato (*the root of the contract*), o contratante lesado pode considerá-lo resolvido.[699] Como esclarece René David, o direito inglês oferece ao contratante lesado uma

---

[697] Veja-se o seguinte dispositivo do BGB: "***Section 323 Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract*** *(1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure. (2) The specification of a period of time can be dispensed with if the obligor seriously and definitively refuses performance, the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a specific period and the obligee, in the contract, has made the continuation of his interest in performance subject to performance being rendered in good time, or there are special circumstances which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation. (3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead. (4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met. (5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial. (6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance*." Tradução do alemão para o inglês obtida em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html>, acessado em 03/07/2010.

[698] DAVID, René, Les Contracts en Droit Anglais, apud AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento, cit., p. 4.

[699] GILSON, Inexécution et Résolution en Droit Anglais, *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 61.

faculdade de repudiar unilateralmente o contrato, sob exclusivo risco daquele que a pronuncia, de modo que o exercício ilegítimo de tal direito poderá eventualmente ensejar a responsabilidade pela quebra do contrato e perdas e danos.[700]

Os modelos de direito internacional e comunitário seguem a mesma direção dos sistemas que privilegiam a resolução extrajudicial, preferindo mecanismos mais céleres, ainda que sob o risco de sacrificar o interesse do contratante inadimplente em favor do contratante lesado. Tais modelos mesclam as soluções da *common law* e *civil law*, extraindo da primeira a suficiência da declaração de resolução e, da segunda, a exigência de que se trate de um inadimplemento essencial e que tenha decorrido em vão o prazo suplementar concedido para adimplemento.

A Convenção de Viena que regula os contratos de compra e venda internacional de mercadorias estabelece a resolução extrajudicial por inadimplemento e dispensa a previsão por cláusula contratual específica. A extinção do contrato dá-se por declaração do credor ao devedor e, não sendo o termo essencial, deve aquele preventivamente fixar um termo suplementar para adimplemento (arts. 26, 47, 49, 63 e 64). No intento de afastar os contratantes dos tribunais, a Convenção vai mais além e proíbe a interferência do juiz ou do árbitro na concessão de prazo suplementar ao vendedor inadimplente, depois de exercido pelo comprador o seu direito de resolução (art. 45). A preocupação de manter o litígio longe dos tribunais se manifesta também no capítulo sobre as perdas e danos (arts. 74 e seguintes), em que são estabelecidos critérios objetivos e pormenorizados para o cálculo da indenização (art. 76), autorizando comprador e vendedor a efetuarem compras substitutivas ou vendas compensatórias (art. 75). A propósito da referida Convenção, observa Ruy Rosado:

> Este regramento agiliza a resolução e acelera a superação do impasse decorrente do incumprimento, com economia de tempo e dinheiro, além de evitar a dependência a regimes judiciários díspares. Tem o inconveniente, porém, de submeter o devedor à avaliação decisória do credor, na qual interferirá necessariamente elevado componente de subjetivismo, por maior que seja a minudência normativa. Entre os dois valores em jogo, a Convenção inclinou-se decididamente pela fluidez nos negócios internacionais, ainda que eventualmente ocorra perda de justiça em casos concretos.[701]

Também os Princípios *Unidroit* sobre contratos comerciais internacionais estabelecem apenas a resolução extrajudicial, mediante simples aviso ao contratante

---

[700] DAVID, René, Les Contracts en Droit Anglais, *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 61.

[701] AGUIAR JÚNIOR, A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento, cit., p. 4.

inadimplente (art. 7.3.2), sempre que o inadimplemento seja essencial (art. 7.3.1).[702] Tais princípios igualmente prevêem a concessão de prazo suplementar para adimplemento se o termo inicial não for essencial (art. 7.1.5), adotando modelo similar ao da *Nachfrist* do direito alemão. Na mesma linha, os Princípios do Direito Contratual Europeu dispõem que a resolução por inadimplemento, desde que fundamental, se dá por ato (notificação) do contratante lesado (Art. 9:301)[703], que não precisa recorrer à instância judicial para tanto, e também estabelecem a prévia notificação para concessão de prazo adicional para cumprimento, não sendo hipótese de termo essencial, após o qual poderá ser resolvido o contrato (Art. 8:106).

A resolução extrajudicial, não obstante o tradicional entendimento em contrário da doutrina brasileira[704], apresenta diversas vantagens em cotejo com a resolução judicial. Embora advogue em favor desta última o argumento de que a intervenção do juiz garante uma solução mais equânime, notadamente em defesa do contratante mais fraco, aquela oferece, por outro lado, um meio de tutela mais dinâmico e célere em favor do contratante lesado pela inexecução do contrato, por não depender da demora e do custo do processo, liberando o credor e favorecendo o livre tráfico de bens. Ademais, a sua operatividade no âmbito extrajudicial não significa, sob a perspectiva de uma autotutela constitucionalizada, que não possa se submeter a um juízo de legitimidade na esfera judicial. A propósito, afirma Luigi Mosco:

> O exercício da ação de resolução exige um tempo notável, durante o qual a relação das partes litigantes permanece incerta, enquanto que a decisão da controvérsia dependerá essencialmente do convencimento que o magistrado forme da gravidade do

---

[702] "Art. 7.3.1 (1) Uma parte pode resolver o contrato se o inadimplemento da outra constitui um inadimplemento essencial. (2) Para determinar-se se o inadimplemento é essencial, deve-se considerar, especialmente, se: (a) o inadimplemento priva substancialmente o credor daquilo que ele poderia esperar do contrato, a menos que a outra parte não tenha previsto nem pudesse ter razoavelmente previsto tal resultado; (b) o exato adimplemento da obrigação não cumprida é essencial à economia do contrato; (c) o inadimplemento é doloso ou gravemente culposo; (d) o inadimplemento dá ao credor motivo para não acreditar no adimplemento futuro da outra parte; (e) a parte inadimplente em caso de resolução do contrato sofrerá uma perda excessiva em conseqüência da preparação para a execução do contrato ou das prestações já cumpridas. (3) No caso de atraso, o credor pode também resolver o contrato se a outra parte deixa de adimplir dentro do prazo concedido nos termos do Artigo 7.1.5." Tradução livre da versão italiana, Roma, Unidroit, 2004.

[703] "*Article 9:301: Right do Terminate the Contract*
A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.
In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106(3)." Cf. LANDO, Ole e BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 372 e 409.

[704] Cf., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil, vol. III, cit., p. 134, para quem "entre as duas orientações legislativas, ou os dois sistemas, parece-nos merecer aplausos o sistema entre nós vigente, que, se pode ser acusado de procrastinar o desfecho da resolução, na conformidade da lentidão do curso processual, oferece a utilidade de não sujeitar a estabilidade dos negócios aos caprichos ou ao precipitado comportamento de um dos contratantes, interessado na ruptura do vínculo, e de submeter as circunstâncias da inexecução ou da mora à apreciação imparcial e desapaixonada do Poder Judiciário."

> incumprimento; e como este estado de incerteza poder trazer notável prejuízo, principalmente nas relações comerciais, em que é de particular interesse poder contar, em todo momento, com a disponibilidade da mercadoria ou de outro bem que era objeto da prestação pactuada, a lei consente que, em certos casos e com certos pressupostos particulares, as dilações do processo de resolução possam ser eliminadas com a atribuição à parte insatisfeita de um particular poder privado de resolução.[705]

Ante à ausência de norma geral que estabeleça outras figuras de resolução extrajudicial por inadimplemento além da cláusula resolutiva expressa, a exemplo da *diffida ad adempiere* e do *termine essenziale* do direito italiano ou da *Nachfrist* do direito alemão, a possibilidade de resolução extrajudicial no ordenamento brasileiro parece, à primeira vista, ficar adstrita àquele único instrumento, necessariamente convencional. Ademais, o tradicional rigorismo na admissão da própria cláusula resolutiva expressa, como já demonstrado, serve a disseminar um dado receio de se cogitar de outros instrumentos de autotutela com função resolutiva não previstos em lei. As próprias noções de termo essencial e não essencial não chegou a ser profundamente desenvolvida, valendo lembrar que a definição de mora (*ex re* e *ex persona*) constante do artigo 397 do Código Civil não passa pela referida distinção.

Cumpre indagar, no entanto, se o sistema brasileiro não mereceria uma revisão legislativa, para admitir, mediante cláusula geral, meios de resolução extrajudicial unilateral independentemente de cláusula contratual, desde que presente o pressuposto inarredável do inadimplemento sério (isto é, que não seja mínimo) e imputável ao devedor. Indo mais longe, cabe verificar inclusive a admissibilidade e utilidade, no contexto pátrio, do uso de novos instrumentos até mesmo independentemente de previsão legislativa, com respaldo no princípio da autonomia, que é fundamento da autotutela, associado à quebra do equilíbrio sinalagmático em razão do inadimplemento, quando este implique a efetiva frustação dos interesses que levaram à contratação. Evidentemente, a solução legislativa seria o caminho menos difícil, mas a segunda solução também se mostra sustentável.

Primeiramente, a ausência de previsão legal dos referidos instrumentos não parece ser um óbice à sua utilização e ao reconhecimento de sua legitimidade. Tendo em vista a já enfrentada não excepcionalidade da autotutela contratual constitucionalizada, que se demonstrou ser um poder derivado do princípio da autonomia e devidamente temperado pelos filtros de controle da boa-fé objetiva e da

---

[705] MOSCO, Luigi *apud* AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 58, em tradução do segundo autor.

vedação ao abuso, um contratante lesado pelo inadimplemento pode agir na defesa de seu legítimo interesse com o intuito de cessar a lesão. A extinção do vínculo, portanto, dá-se por ação do próprio lesado (mediante a interpelação extrajudicial do contratante inadimplente concedendo prazo para adimplir, quando o termo não é essencial, "sob pena de resolução do contrato") ou pela superação, sem adimplemento, de um termo inequivocamente essencial, sendo recomendável neste caso a declaração de resolução pelo credor ao devedor.

Ao Poder Judiciário incumbiria, assim, e somente em caso de discordância pelo suposto inadimplente quanto à resolução, aferir os pressupostos do inadimplemento, a observância dos deveres de boa-fé objetiva e a existência de eventual abuso do direito de resolver. Além disso, caberia ainda à esfera judicial, por provocação do contratante lesado, apreciar eventual pedido de condenação em perdas e danos ou de execução de cláusula penal imposta, apenas declarando, tal como ocorre com a cláusula resolutiva expressa, a resolução, já verificada extrajudicialmente. E as vantagens são exatamente as mesmas: cessação da lesão e de prejuízos que somente se agravariam com o decurso do tempo, liberação do vínculo e segurança do contratante para buscar outros negócios com o fim de satisfazer seus interesses.

Outro argumento ainda pode ser sustentado em favor da admissibilidade dos referidos instrumentos de autotutela com função resolutiva: a resilição unilateral, extrajudicial e imotivada, é admitida por lei, expressa e implicitamente[706], em diversas hipóteses, notadamente em contratos com prazo indeterminado e em contratos unilaterais, havendo também previsão legal de resolução extrajudicial e unilateral por justa causa em alguns casos, como o do empreiteiro, do prestador de serviços, do comitente, do agente, do distribuidor e do empregador[707], a qual, em termos práticos, pode ser equiparada à resolução por inadimplemento. O permissivo legal em tais casos demonstra que o ordenamento não repugna a resolução extrajudicial unilateral. Portanto, com tanto maior razão, não se vislumbra fundamento legal para se negar a admissibilidade, mesmo que independentemente de norma expressa ou de cláusula contratual que a estabeleça, dos referidos instrumentos, decorrentes do inadimplemento, ou seja, do descumprimento imputável de obrigação contratual.

---

[706] CC/2002: "Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte."

[707] Cf. art. 482 da Consolidação da Leis do Trabalho.

Tal solução se coaduna com a linguagem dos remédios proposta neste trabalho e sobre a qual já se aprofundou no primeiro capítulo, na medida em que, tendo em vista a necessária e eficiente tutela de legítimos interesses e a perspectiva funcional da obrigação, a utilização de certos instrumentos, em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento, prescinde de norma expressa a enunciar o direito de um contratante deles se valer. Essa lógica vale inclusive para explicar a admissibilidade da resolução extrajudicial unilateral também nos casos de inadimplemento antecipado (anterior ao termo ou a condição suspensiva), já tratado no segundo capítulo, tal como demonstra Vicenzo Putortì ao criticar a tipicidade das formas de tutela correlatas à rígida e abstrata qualificação dos interesses envolvidos na relação contratual:

> (...) *se si ragionasse nella logica astrattizzante e tipizzante del diritto soggettivo e si avesse riguardo alla sola situazione formale in cui si trova colui che attende l'acquisto del diritto, difficilmente si giungerebbe a poter giustificare l'immediato scioglimento del rapporto obbligatorio pendente condicione, dal momento che si tratterebbe di munire con una tutela definitiva una situazione formalmente in itinere qual è, appunto, l'aspettativa.*[708]

Ressalva, evidentemente, deve ser feita para aqueles casos em que norma especial já preveja a resolução extrajudicial, tornando desnecessária a presente construção teórica, ou quando seja incompatível com tal modalidade de resolução extrajudicial, a exemplo do contrato de locação de imóveis, cuja disciplina inclusive funda-se em preceitos de ordem pública a exigir, por exemplo, o ajuizamento pelo locador de ação de despejo para reaver a coisa locada.

Não se pode olvidar, outrossim, o reconhecimento por parte de outros ordenamentos de tradição romano-germânica de tais instrumentos de resolução extrajudicial, seja no âmbito interno, comunitário ou internacional, evidenciando uma aproximação com o modelo de resolução típico da *common law*. Tal fato, por si só, denota o largo uso e a utilidade dos indigitados remédios. Na realidade brasileira, a utilidade também se revela patente, sendo certo que as notificações extrajudiciais já são um expediente a que os contratantes, preventivamente e cada vez com maior freqüência, recorrem na tentativa não apenas de constituir o inadimplente em mora, mas, também, de solucionar, longe da órbita judicial, conflitos deflagrados por infrações contratuais. Dar-se-ia, portanto, àquela medida, tão presente na prática social, também o condão de promover a resolução unilateral dos contratos.

---

[708] PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 195.

Especialmente nas relações de consumo, o artigo 51, XI, como já exposto, considera abusivas cláusulas contratuais que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, “sem que igual direito seja conferido ao consumidor”. Por outro lado, não veda o uso dos instrumentos de resolução extrajudicial unilateral, independente de cláusula contratual que a autorize, se tal expediente, por óbvio, puder ser praticado também pelo consumidor. E nada impede que este o faça. A notificação extrajudicial que concede prazo para adimplir “sob pena de resolução” também pode servir como mecanismo de autotutela em benefício do contratante vulnerável, ou contra ele, se for inadimplente. Já o descumprimento de termo essencial como fator de resolução extrajudicial parece ter menos aplicação em favor do fornecedor, haja vista a própria natureza da relação de consumo, na qual a prestação do consumidor normalmente é pecuniária. O termo essencial seria mais aplicável em benefício do consumidor, figurando-se de grande utilidade, pois autorizaria àquele a considerar definitivamente rompido o vínculo contratual, permitindo-o realizar contratações com outros fornecedores a fim de satisfazer mais rapidamente os seus interesses e necessidades.

Não se defende a simples transposição, sem aplicações práticas, de categorias do direito estrangeiro, comunitário e internacional para o ordenamento brasileiro. Como já se afirmou, este efetivamente ressente-se da ausência de previsão de mecanismos de resolução extrajudicial unilateral, o que obriga os contratantes a sempre provocarem o Judiciário para extinguir vínculos contratuais que não mais se justificam. Tal obrigatoriedade de se recorrer à chancela estatal, além de atravancar o tráfego jurídico, sobretudo no âmbito das relações empresariais, também pode implicar prejuízos irreversíveis ao contratante lesado pelo inadimplemento.

Ora, em sistemas governados por uma economia de mercado, que é a atual, dirigida cada vez mais a transações livres e eficientes, é ínsita a idéia de que, diante de uma grave patologia na relação obrigacional, faz-se imperioso restituir às partes a liberdade de contratar. Com efeito, sendo um ato de autonomia por meio do qual se distribuem riscos a serem suportados em certa medida por cada parte, o contrato demanda uma disciplina que não restrinja excessivamente o acesso ao remédio resolutório e tampouco aumente sobremaneira os custos e o tempo de desfazimento do vínculo. Se o negócio já não se coloca mais em condições de realizar os interesses para que foi programado, deve-se atribuir ao credor o poder de abandoná-lo imediatamente,

para voltar ao mercado e empreender um outro. E, em tais situações, o princípio da conservação do contrato não é absoluto, pois há de ser ponderado com a própria liberdade contratual, como bem observa Vicenzo Putortì:

> *Il principio di conservazione del contratto, volto a garantire il mantenimento dell'affare negoziale, va bilanciato, pertanto, con l'altra istanza, anch'essa avvertita nella prassi commerciale, che è quella di non "costringere" i contraenti a rimanere a lungo vincolati ad un contratto verso il quale non nutrono più alcun interesse, visto che lo scambio, non potendosi più realizzare con le caratteristiche e secondo le modalità originariamente pattuite, è diventato economicamente inefficiente.*[709]

Mas os argumentos em favor de uma mais ampla gama de instrumentos de resolução extrajudicial não se restringem ao aspecto econômico, eis que também têm fundamento no princípio da autonomia, do qual é corolário a liberdade de contratar e, conseqüentemente, de descontratar, sobretudo ante à quebra da obrigatoriedade do contrato por força do inadimplemento e ao conseqüente prejuízo do equilíbrio e da função da relação obrigacional. Ademais, outro princípio ainda pode ser invocado: o da efetividade da tutela, que reclama a atribuição aos contratantes de remédios capazes de proteger seus interesses de maneira adequada, plena e efetiva, e que não deve se circunscrever ao âmbito processualístico-judicial. Nesse sentido, é ainda Putortì quem sustenta que tal princípio pode e deve orientar inclusive o exercício dos poderes de autotutela em favor do contratante lesado[710], lembrando que o processo não é a única sede onde o remédio resolutório pode se fazer valer.

Por óbvio, tratando-se de medidas que não têm previsão na lei ou no contrato, adotando-se os mesmos moldes da doutrina e jurisprudência francesas, os respectivos riscos e a suscetibilidade a um controle judicial *a posteriori*, com aplicações de possíveis sanções, são integralmente assumidos pelo contratante que se vale da resolução extrajudicial. Com esta baliza, entende-se que os prováveis bônus da admissibilidade de uma tal resolução extrajudicial unilateral afiguram-se maiores do que os seus possíveis ônus.

Enfim, quanto ao problema proposto neste tópico, propõe-se mais um campo de expansão da autotutela contratual no ordenamento brasileiro, de modo que, verificados os pressupostos necessários para a resolução do contrato, esta poderá ocorrer fora

---

[709] PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 247. Esclarece o autor que o "princípio da efetividade da tutela" vem assumindo cada vez mais relevância à luz da normativa constitucional italiana e da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em Nice em dezembro de 2000 e incorporada ao Tratado de Lisboa.

[710] PUTORTÌ, Vicenzo, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 253.

âmbito judicial e unilateralmente por iniciativa da parte lesada em quatro situações: (i) por efeito da notificação do credor ao devedor, já constituído em mora, havendo cláusula resolutiva expressa no contrato; (ii) após a notificação do credor ao devedor concedendo prazo razoável para adimplemento "sob pena de resolução", quando não for essencial o termo para adimplemento da obrigação; (iii) sendo essencial o termo, e desde que a essencialidade seja inequívoca por força das condições contratuais ou de cláusula expressa, quando este se verificar sem que tenha ocorrido pontualmente o adimplemento; (iv) nos casos previstos em lei.

No tocante ao termo essencial, caso o contratante lesado não queira se valer da resolução automática, poderá notificar o inadimplente renunciando à resolução e concedendo prazo razoável para adimplemento da obrigação. Neste caso, surge o problema de qual seria o prazo para o contratante lesado proceder a tal notificação, uma vez que, diversamente do ordenamento italiano, o ordenamento brasileiro não prevê tal medida resolutória e, tampouco, o prazo mínimo para tanto. Que o prazo seja razoável é fundamental, uma vez que o advento do termo essencial também faz surgir para o contratante inadimplente a certeza da extinção do vínculo, liberando-o, embora possa estar sujeito às conseqüências do inadimplemento. Na falta de disciplina legislativa[711], a solução que se apresenta é a de que o credor, pretendendo ou não se valer de um termo essencial, preventivamente notifique o devedor, antes do termo ou após a sua ocorrência, num prazo razoável[712], de modo que este tenha ciência da intenção daquele, seja no sentido de considerar resolvido o vínculo, seja no de conceder prazo adicional para adimplemento. É, enfim, a transparência que sempre deve nortear a conduta do contratante.

Exemplos de resolução extrajudicial prevista em lei (item iv) encontram-se na lei nº 6.766/79[713], que disciplina o parcelamento do solo urbano, na lei nº 4.591/64[714], que

---

[711] Observe-se que o código italiano concede estabelece o prazo e 3 dias após o termo para que o credor, se quiser, conceda prazo ao devedor.

[712] Esta é a solução adotada pelos Princípios *Unidroit*, conforme artigos adiante transcritos: "Art. 7.2.2 (e) (adimplemento de obrigação não pecuniária): Se a parte que deve uma obrigação não pecuniária não a cumpre, o credor pode exigir o adimplemento, exceto se (...) (e) o credor não requeira o adimplemento dentro de um lapso de tempo razoável a partir do momento em que tenha tido, ou que deveria ter, conhecimento do inadimplemento."
"Art. 7.3.2. (...) (2) Se o adimplemento tiver sido oferecido após o termo ou por outros motivos não seja conforme ao contrato, o credor decai do direito à resolução do contrato se não notifica a outra parte em um razoável lapso de tempo, a partir do momento em que tenha, ou que deveria ter tido, conhecimento da oferta ou do adimplemento desconforme." Tradução livre da versão em italiano, Roma, Unidroit, 2004.

[713] "Art. 32 - Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor. § 1º - Para os fins deste artigo o devedor-adquirente será intimado, a requerimento do credor, pelo oficial do registro de imóveis, a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados e as custas de intimação. § 2º - Purgada a mora, convalescerá o contrato. § 3º

dispõe sobre condomínios e incorporações imobiliárias, na lei nº 4.864/65[715], sobre medidas de estímulo à indústria da construção civil, no Decreto-lei nº 745/69[716], que disciplina a promessa de compra e venda de imóvel não loteado, na lei nº 4.380/64[717], que instituiu o sistema financeiro para aquisição da casa própria e criou o BNH, e na lei nº 9.514/97[718], que disciplina a alienação fiduciária de bem imóvel. A diferença entre a resolução por notificação prevista na lei nº 6.766/79 e a da lei nº 4.591/64 e do Decreto-lei nº 745/69 está em que a primeira, diversamente das demais, não exige prévia estipulação contratual da possibilidade de resolução extrajudicial e, por isso, pode se dar *ipso facto* e não precisa ser necessariamente convencional. O mesmo se dá no caso da lei nº 9.514/97. Estas duas são raras hipóteses de resolução legal extrajudicial no direito pátrio, que até mesmo dispensam a cláusula resolutiva expressa.

Tratando-se de arrendamento mercantil, a cláusula resolutória expressa enseja a resolução extrajudicial, havendo, porém, controvérsias acerca da necessidade de

---

- Com a certidão de não haver sido feito o pagamento em cartório, o vendedor requererá ao oficial do registro o cancelamento da averbação."

[714] "Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando fôr o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nêle se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato. § 1º Se o débito não fôr liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção."

[715] "Art. 1º (...) VI - A rescisão do contrato por inadimplemento do adquirente sòmente poderá ocorrer após o atraso de, no mínimo, 3 (três) meses do vencimento de qualquer obrigação contratual ou de 3 (três) prestações mensais, assegurado ao devedor o direito de purgar a mora dentro do prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data do vencimento da obrigação não cumprida ou da primeira prestação não paga. VII - Nos casos de rescisão a que se refere o item anterior, o alienante poderá promover a transferência para terceiro dos direitos decorrentes do contrato, observadas, no que forem aplicáveis, as disposições dos §§ 1º a 8º do art. 63 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, ficando o alienante, para tal fim, investido dos podêres naqueles dispositivos conferidos à Comissão de Representantes."

[716] "Art. 1º Nos contratos a que se refere o artigo 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que dêles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze (15) dias de antecedência."

[717] "Art. 62. Os oficiais do Registro de Imóveis inscreverão obrigatoriamente os contratos de promessa de venda, promessa de cessão ou de hipoteca celebrados de acôrdo com a presente Lei, declarando expressamente que os valôres dêles constantes são meramente estimativos, estando sujeitos os saldos devedores, assim como as prestações mensais, às correções do valor, determinadas nesta Lei. § 1° Mediante simples requerimento, firmado por ambas as partes contratantes, os Oficiais do Registro de Imóveis averbarão, à margem das respectivas inscrições, as correções de valôres determinados por esta Lei, com indicação do nôvo valor do preço ou da dívida e do saldo respectivo, bem como da nova prestação contratual. § 2° Se o promitente comprador, promitente cessionário ou mutuário se recusar a assinar o requerimento de averbação das correções verificadas, ficará, não obstante, obrigado ao pagamento da nova prestação, podendo a entidade financiadora, se lhe convier, rescindir o contrato, com notificação prévia no prazo de 90 dias."

[718] "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. (...) § 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio."

interpelação premonitória.[719] Prevalece atualmente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que esta deve ser realizada, consistindo requisito de eficácia da cláusula resolutiva expressa e pressuposto de admissibilidade da ação judicial de reintegração de posse.[720]

Em tais casos de resolução extrajudicial, notadamente aplicável a contratos imobiliários, e em outros, o credor poderá posteriormente acionar o judiciário por algumas razões: para obter uma declaração de resolução, ante a negativa do outro contratante em admiti-la; para obter uma sentença condenatória à indenização das perdas e danos oriundas do inadimplemento ou para executar eventual cláusula penal; para obter a restituição de valores pagos; para obter a reintegração de posse, se for o caso. Essas razões explicam a preferência pela via judicial, embora não seja exigida por lei.

Mas isso não retira a utilidade da resolução extrajudicial como instrumento de autotutela, da qual o credor pode se valer rapidamente, liberando o bem objeto de contratação para outras transações com terceiros, de modo a reduzir os prejuízos decorrentes do inadimplemento.[721] Ademais, as razões apresentadas podem não ocorrer nos contratos citados, e não necessariamente ocorrem em outros tipos de contratos, o que denota a vasta aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa e dos demais instrumentos de resolução extrajudicial, especialmente quando aliados a mecanismos que permitam a satisfação das perdas e danos também extrajudicialmente, a exemplo do pagamento espontâneo, da retenção satisfativa (cláusula de decaimento parcial de valores pagos pelo contratante inadimplente) e da execução extrajudicial de garantias.

---

[719] Entende pela desnecessidade da interpelação ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, cit., p. 585. No mesmo sentido, cf. STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Resp. 329.932-SP, DJ 03.06.2002, e Rel. Min. Castro Filho, Resp 441.964-SP, DJ 03.11.2003. Em sentido contrário, entendendo pela necessidade da interpelação premonitória, cf. STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Resp. 285.825-RS, DJ 19.12.03, e Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Resp. 185.984-SP, DJ 02.09.02, de cuja ementa extrai-se: "Para fins de ajuizamento de ação de reintegração na posse, é necessária a notificação prévia ao devedor, para a sua constituição em mora, nos contratos de arrendamento mercantil (leasing), ainda que o contrato contenha cláusula expressa que a dispense."

[720] STJ, EREsp 162.185-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Segunda Seção, DJ 06.11.2006: "PROCESSUAL CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DA ARRENDATÁRIA PARA CONSTITUIÇÃO EM MORA. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CPC, ART. 267, VI. I. Constitui entendimento hoje pacificado no âmbito da 2ª Seção do STJ, que é necessária a notificação prévia da arrendatária para a sua constituição em mora, extinguindo-se o processo em que tal pressuposto não foi atendido, nos termos do art. 267, VI, do CPC. II. Embargos de divergência conhecidos e providos."

[721] A medida inclusive encontra amparo na *mitigation doctrine*, que sustenta o dever do credor de reduzir o próprio prejuízo, tema que será tratado adiante como mais uma expressão de autotutela contratual.

Enfrentada a possibilidade e utilidade da ampliação, no ordenamento brasileiro, dos instrumentos de resolução extrajudicial como expressão de autotutela contratual, cabe considerar os critérios de controle de sua legitimidade.

3.2.3 O controle do exercício do direito de resolução extrajudicial.

Como remédio de autotutela constitucionalizada, a cláusula resolutiva expressa e os demais meios de resolução extrajudicial sujeitam-se igualmente ao controle de legitimidade por força dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso. Assim, como corolário da perspectiva funcional do adimplemento, um inadimplemento mínimo, que, como já se explicitou, não é idôneo a alterar sensivelmente o equilíbrio contratual[722], não é suficiente para ensejar a medida extrema da resolução. Nesse sentido, observa Ruy Rosado de Aguiar:

> (...) cabe ao juiz examinar a defesa do devedor quanto aos pressupostos e efeitos da resolução, inclusive a validade da cláusula resolutiva, à luz do princípio da boa-fé, podendo afastá-la quando revelar desvantagem exagerada para uma das partes, ocorrência freqüente nos contratos de adesão, ou modificar as disposições sobre seus efeitos. Assim, pode rejeitar a aplicação da cláusula resolutiva quando houver o adimplemento substancial, ou quando o inadimplemento é de prestação assessória. Também pode julgar nula a de decaimento (art. 53 do CDC), ou diminuir a perda das prestações pagas, fazendo incidir a cláusula geral do art. 413 do Código Civil, que autoriza o juiz a reduzir a pena pelo descumprimento quando manifestamente excessiva. A cláusula resolutiva expressa, assim como a do termo essencial, quando inseridas em contrato de adesão, somente podem ser aceitas pelo juiz se atenderem a determinados princípios, como o da igualdade (p. ex.: a mesma conseqüência está prevista para o estipulante?) e o da exigência da gravidade do descumprimento (p. ex.: a falta é suficientemente grave para que se extinga o contrato?).[723]

Da mesma forma, a resolução pode se apresentar contrária à boa-fé se o próprio credor contribuiu para a ocorrência do inadimplemento, não observando o seu dever de cooperação com o intuito claro de dificultar o cumprimento da prestação pelo outro contratante, principalmente se houver interesse deste em conservar a relação.

Em face da vedação ao abuso do direito potestativo de resolver, deve-se averiguar se tal direito porventura não é exercido contrariamente à função que o ordenamento lhe reconhece, pois é certo que haverá uma desconformidade teleológica caso o contratante, minimamente lesado pelo inadimplemento, pretenda seguir a via

---

[722] SPALLAROSSA, Maria Rosa, Importanza dell'inadempimento e grave violazione della buona fede, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, Cedam, 1998, p. 361.
[723] AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 59.

oblíqua da resolução para liberar-se de um contrato que, por outros motivos, não mais lhe convém.

Além disso, os imperativos de transparência e lealdade contratual determinam que, para que a cláusula resolutiva expressa cumpra plenamente a sua função, não basta a referência genérica ao descumprimento do contrato[724], sob pena de ser havida como mera cláusula de estilo[725], hipótese em que somente a resolução legal e judicial será cabível.[726] Contudo, diversamente do ordenamento italiano, o artigo 474 do Código Civil brasileiro não exige tão rigorosamente[727] a especificação detalhada da prestação e dos deveres cuja não observância atrairá a incidência da cláusula, pois, ressalvados os casos em que a legislação especial determina o seu teor, "entre nós tanto a forma quanto o conteúdo da cláusula submetem-se, livremente, à disposição das partes".[728] Portanto, basta que a cláusula deixe claro em que medida o inadimplemento lesa os interesses considerados pelos contratantes como determinantes da contratação, a ponto de poder ensejar a resolução extrajudicial. E é justamente a previsão das partes nesse sentido um dos critérios, senão o mais importante, a indicar se o indimplemento é mínimo ou sério.

Ademais, os imperativos mencionados exigem que o credor proceda à indicação clara da(s) prestação(ções) inadimplidas, seja no momento da interpelação para fins de

---

[724] Segundo ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, cit., p. 589, "A incidência da cláusula resolutória expressa pressupõe, em primeiro lugar, a ocorrência do evento descrito na estipulação contratual. Por exemplo: a falta de pagamento de duas ou mais parcelas do preço da aquisição de coisa móvel. Uma das aplicações mais evidentes desta espécie de pacto consiste na caracterização da relevância do inadimplemento. É ampla, ao propósito, a autonomia dos figurantes."

[725] Como cláusula de estilo entende-se aquela meramente figurante, não obrigatória porque de conteúdo tão impreciso que se torna imprestável para gerar o efeito que se propõe. Nesse sentido, esclarece IORIO, Giovanni, Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative, *Rivista di diritto civile*, Padova, n. 6, novembre-dicembre 2008, p. 62: "*La giurisprudenza prevalente definisce 'clausola di stile' quelle pattuizioni redatte con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto.*"

[726] Referindo-se à normativa italiana, que oferece parâmetros úteis para a adequada operatividade do remédio também na experiência brasileira, cf. Adolfo DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 230: "*Al fine di evitare che la clausola debordi in una clausola di stile, come tale inutile, la norma fa riferimento all'inadempimento 'di una determinata obbligazione secondo le modalità stabilite'. Occorre dunque che l'autonomia delle parti non preveda l'effetto risolutorio per qualsiasi forma di scostamento dell'adempimento rispetto a quanto convenuto nel contratto ma 'modalità' precisamente individuate con riguardo 'ad una determinata obbligazione'. Tale formulazione rappresenta indubbiamente un limite al potere di autotutela delle parti, nel senso che questo deve esercitarsi in relazione ad una fattispecie sufficientemente determinata.*" O mesmo entendimento é compartilhado, na doutrina brasileira, por AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 183.

[727] Observe-se que mesmo o tradicional requisito da detalhada especificação das cláusulas cujo descumprimento autoriza o exercício da cláusula resolutiva expressa vem sendo temperado na Itália por uma jurisprudência mais recente, atenta à necessidade de se verificar o caso concreto e à "progressiva expansão das técnicas de resolução extrajudicial negocial", segundo observa Michele DELLA CHIESA, in Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa, in *I contratti*, 6/2009, p. 564: "*Non sono mancate voci autorevoli che hanno avuto modo di sottolineare come la regola per la quale, in mancanza di una determinazione specifica delle prestazioni obbliganti, la clausola resolutiva espressa sarebbe inefficace 'deve essere valutata con la dovuta cautela, perché non è corretto negare sempre e comunque rilevanza alla volontà delle parti nel riferirsi genericamente alla violazione di tutte le obbligazioni stabilite*."

[728] ARAKEN DE ASSIS *et alii*, *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. V, cit., p. 583.

constituição em mora, seja ao notificar o devedor para noticiar-lhe a resolução consumada, quando a mora é *ex re* e quando a lei não exige a prévia interpelação.

Releva notar que, em observância à boa-fé objetiva, caso o credor, podendo se valer de uma cláusula resolutiva expressa, conceda moratória ao devedor, não poderá depois invocar tal cláusula, a não ser que tenha concedido o novo prazo com a advertência de essencialidade do termo.[729] O mesmo se aplica para o caso de o credor aceitar o cumprimento atrasado.[730]

Discute-se, tendo em vista que a lei não estabelece prazo para que o credor proceda à notificação, se a sua demora pode ser tomada como renúncia à cláusula. Predomina o entendimento no sentido positivo, sendo certo que "a situação poderá caracterizar *venire contra factum proprium*, se a duradoura inércia do credor gerou no devedor a convicção de que não mais seria usado o direito extintivo".[731] De qualquer forma, ante a omissão legislativa sobre a fixação de tempo máximo para a declaração da vontade de resolver, entende-se que o credor não pode se valer da resolução extrajudicial depois que criou no devedor a legítima expectativa de não-exercício desse direito e a convicção acerca da conservação do contrato, aplicando-se para tanto o instituto da *suppressio*, referido pela doutrina alemã como *Verwirkung*, derivado da boa-fé objetiva e entendido como "uma proibição à contradição de um *factum proprium* omissivo".[732]

Cabe atentar para o fato de que o devedor pode discordar da resolução decorrente de cláusula resolutiva expressa ou de notificação extrajudicial, incumbindo-lhe, neste caso, impugná-la extrajudicialmente e continuar cumprindo a sua obrigação. A persistir a controvérsia, deverá mover ação declaratória da vigência do contrato.

Por derradeiro, importa salientar a importância de o controle judicial do exercício dos instrumentos de resolução extrajudicial atentar para a função concreta de cada contrato em particular, considerando a distribuição dos riscos realizada pelas próprias partes, o que poderá ser suficiente para afastar eventual aparência de abuso. Neste ponto, é acertado o entendimendo de Guilherme Calmon Nogueira da Gama no sentido de que "a preocupação com a economicidade da decisão a ser adotada em cada

---

[729] AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 184.
[730] GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 175.
[731] AGUIAR JÚNIOR, *Resolução dos contratos por incumprimento do devedor*, 2004, cit., p. 189.
[732] SCHREIBER, Anderson, *A proibição de comportamento contraditório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 183.

caso concreto deve ser uma constante", sendo que "cada contrato tem uma feição específica e, portanto, uma função social e econômica diferente".[733]

Analisadas as potencialidades de expansão e, bem assim, de controle da autotutela contratual com função resolutiva, cumpre indagar, enfim, se também há campo em nosso ordenamento para a autotutela com função satisfativa.

3.3 Autotutela contratual com função satisfativa.

Além dos instrumentos de autotutela com função conservativo-cautelar e resolutiva, uma terceira categoria de remédios decorrentes do inadimplemento abrange aqueles com função satisfativa, permitindo ao credor lesado a possibilidade de satisfazer o seu próprio interesse e alcançar o resultado útil programado ou a reparação de perdas e danos. Há instrumentos de autotutela com função satisfativa que, considerando-se a delimitação do presente trabalho aos casos de inadimplemento, não serão ora considerados: a compensação, que é especial modo de extinção da obrigação, a retenção das arras penitenciais, oriunda do exercício do direito de arrependimento, e a apropriação dos frutos e rendimentos do imóvel dado em anticrese em compensação de dívida.

Por outro lado, configuram exemplos da categoria sob ênfoque a retenção satisfativa, já tratada no item 3.1.2.1, e a retenção das arras confirmatórias pelo contratante que as tenha recebido, quando lesado pela inexecução. No tocante a esta última, deixar-se-á de tecer maiores considerações, uma vez que se trata de figura já prevista pelo código civil em norma geral, razão pela qual não se vislumbra campo de expansão além da hipótese legal.

Resta perquirir a possibilidade de se admitir, no ordenamento brasileiro, a ampliação do uso de remédios não previstos, com base no poder de autotutela, fundado, como já dito, no princípio da autonomia. A questão vem sendo enfrentada especialmente pela doutrina italiana, cujo nível de debate já alcançado poderá auxiliar o enfrentamento da problemática na experiência brasileira.

Segundo sustenta Girolamo Bongiorno, a irreversível crise de funcionalidade dos processos judiciais de execução forçada sugere que se veja com menos suspeita e maior favor não apenas os modelos legalmente disciplinados de autotutela executiva,

[733] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Função social no direito civil*, cit., p. 87-88.

mas também novos tipos de defesa privada, especialmente se originados do prévio consenso do devedor.[734] Referindo-se à "agonia da Justiça", assim o autor argumenta em favor da autotutela:

> (...) *non esistendo nel nostro vigente ordinamento un generale principio di inderogabilità della espropriazione forzata giurisdizionale, l'autonomia privata è libera di foggiarsi gli assetti più convenienti; pertanto una tutela diretta del proprio interesse in via extragiudiziaria è configurabile al di là di specifiche previsione legislative, quando una norma non la vieti, ovvero la consenta implicitamente.*
> *Si aggiunga che nell'attuale situazione di agonia della nostra giustizia, che coinvolge uomini e strutture, con conseguente disaffezione dalle forme "ufficiali" del processo esecutivo giurisdizionale, è fuori dalla realtà continuare a parlare di potere superiore ed esclusivo dello Stato, diretto ad assicurare, attraverso la propria organizzazione e la propria forza, una effettiva tutela dei diritti di credito.*[735]

A evidenciar ainda mais a necessidade de se legitimar medidas extrajudiciais com função satisfativa, ainda que não previstas em lei, vale atentar para cenário preocupante das estatísticas acerca do processo de execução no Brasil:

> O problema dos processos de execução não é só a morosidade, mas também a sua não conclusão. De acordo com pesquisa do Banco Mundial divulgada em jul. 2003 (Report 26261-BR), 70% dos processos simplesmente desaparecem, uma parte devido a acordo extrajudiciais ou ao pagamento, mas a maior parcela porque o credor não encontra bens e desiste; 48% dos processos não vai além do pedido inicial, porque o credor não dá continuidade (acordo extrajudicial ou desistência por falta de possibilidade de o devedor efetuar o pagamento) ou porque a justiça não encontra o devedor para a citação; 41% dos processos com continuidade não conseguem penhorar os bens, em geral por dificuldade em encontrá-los; 57% dos processos com penhora efetivada foram embargados.[736]

Nessa esteira, coloca-se a reflexão acerca do cabimento e utilidade do chamado pacto marciano[737], que autoriza o credor a apropriar-se de um bem do devedor dado em garantia, em caso de inadimplemento, mediante restituição ao devedor do valor que porventura exceda ao do débito, conforme avaliação realizada por terceiro eleito pelas partes.[738] Tal pacto, segundo autorizada doutrina[739], não sofre da nulidade atribuída ao pacto comissório, nos termos do artigo 1.428 do Código Civil brasileiro e de normas

---

[734] BONGIORNO, Girolamo, Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII (1988), p. 481.
[735] BONGIORNO, Girolamo, Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela, cit., p. 481.
[736] FREITAS, Newton de, *Judiciário e economia*, disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=245>, acesso em: 31 jan. 2011.
[737] Registra MOREIRA ALVES, José Carlos, *Da alienação fiduciária em garantia*, Saraiva, 1973, p. 107, que o referido pacto foi concebido em homenagem ao jurisconsulto romano Marciano.
[738] BIANCA, Massimo, Autotutela, cit., p. 136.
[739] PONTES DE MIRANDA, Francisco, *Tratado de direito privado*, t. XX, Rio de Janeiro, Borsoi, p. 31; MOREIRA ALVES, José Carlos, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 107; e BIANCA, Massimo, Autotutela, cit., p. 137.

similares de outros ordenamentos de tradição romanística.[740] Remontando à origem histórica da figura[741], afirma-se que tal nulidade funda-se no repúdio à fuga do credor do processo normal de alienação judicial, em tese justo, público e formal, e, bem assim, nos princípios de vedação ao enriquecimento sem causa e ao abuso de direito. Isso porque, no proibido pacto comissório, estabelece-se a apropriação integral da coisa dada em garantia, sem qualquer medida de proporcionalidade com a dívida, o que pode ensejar um acréscimo patrimonial injustificado na esfera do credor. Aliada a isso, a proibição do pacto comissório também tem respaldo na tutela dos demais credores do devedor, cujos interesses podem ser lesados em razão da alienação do bem por valor maior do que o da dívida garantida.[742]

Não obstante, a admissibilidade do pacto marciano na realidade brasileira figura-se sustentável, quando livremente estipulado pelos contratantes, na medida em que, buscando satisfazer o interesse do credor, não permite que seja lesado o interesse do devedor. De fato, o pacto marciano é idôneo a garantir o interesse do credor com a mesma força do pacto comissório, com a diferença de que a imprescindível avaliação do bem e o dever de restituição do excedente ao devedor correspondem aos imperativos de eqüidade, solidariedade e proporcionalidade[743] que informam a disciplina obrigacional. Sob a perspectiva de uma autotutela constitucionalizada, a legitimidade e eficácia da cláusula marciana exige que a avaliação do bem efetuada por terceiro eleito pelas partes reúna as características de isenção e de imparcialidade e que tenha por base critérios objetivos, sobretudo o valor de mercado do bem em concreto.

---

[740] A propósito, seja consentido remeter ao item 3.2.1, em que se comenta o referido artigo 1.428 e a confusão terminológica entre pacto comissório e cláusula resolutiva expressa.

[741] A origem histórica é registrada por PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*, v. IV, 20. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 282: "A outorga de garantia real, que apresenta seu aspecto positivo de contribuir para a abertura de crédito sobre o valor de coisa móvel ou imóvel, não oculta o seu lado negativo de propiciar maquinações usurárias contra o devedor carente de numerário, e, tal seja o comportamento do credor, asfixiá-lo. Se outras não podem ser eliminadas, uma todavia vem sendo há quase dois milênios combatida e proibida. É a chamada cláusula comissória que consiste em pactuar, no ato constitutivo da garantia real, a faculdade de apropriar-se o credor do seu objeto em caso de não ser cumprida a obrigação garantida. É uma técnica opressiva do economicamente mais fraco, que no Direito Romano já encontrou a repulsa do imperador Constantino, no século IV, e que mereceu expressa condenação ao tempo da compilação do século VI, eis que pelo menos quatro passagens do Código Justiniano se lhe referem, para repelir (...). Daí expandiu-se a repulsa por toda a legislação ocidental. Em nosso direito assim era vigente (Lafayette, ob. cit., § 163), como vigorou a proibição no Código Civil de 1916, e que ainda vigora no art. 1.428 do Código Civil de 2002, ao cominar nulidade para a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Quer dizer: o pacto comissório é proibido em todas as garantias reais. E ainda atinge a propriedade fiduciária (Código Civil, 1.365)." (grifo aditado)

[742] PENTEADO, Mauro, *O penhor de ações no direito brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 196.

[743] Nesses termos, defendendo a legitimidade do pacto marciano, cf. CIPRIANI, Nicola, Patto commissorio autonomo, *Rassegna di diritto civile*, 1-2/2002, p. 430. Sobre a relevância do princípio da proporcionalidade nas relações privadas, cf. PERLINGIERI, Pietro, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, n. 3, p. 131-152, out./dez. 2002.

É importante considerar que o pacto marciano não constitui via oblíqua para afastar a vedação do pacto comissório, até porque é inquestionável o fundamento jurídico-moral que justifica a proibição. O que se propõe é uma alternativa lícita a fim de se conferir maior eficácia às garantias afetadas pela rígida vedação legal. Uma certa flexibilização, inclusive, já é possível verificar no código civil atual comparativamente com o anterior, que sequer previa a possibilidade de o devedor extinguir a dívida vencida mediante dação em pagamento do bem dado em garantia. Por outro lado, tendo em mira o concreto interesse do credor, o pacto marciano confere mera faculdade, razão pela qual aquele não é obrigado a se tornar proprietário pleno do bem dado em garantia, pois poderá renunciar a tal faculdade e optar pela alienação judicial ou extrajudicial.[744]

Além da retenção satisfativa e do pacto marciano, defende-se ainda a admissibilidade, no ordenamento brasileiro, de outros instrumentos de autotutela com função satisfativa, especialmente para a mitigação das perdas e danos oriundas do inadimplemento, o que será aprofundado no tópico seguinte.

3.3.1 A mitigação das perdas e danos pelo credor e a contratação substitutiva como remédio de autotutela satisfativa: dever ou faculdade?

Sob a perspectiva da relação obrigacional complexa e funcionalizada, vem sendo cada vez mais debatida a doutrina que atribui ao credor o dever de mitigar o seu próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*).[745] Desenvolvida no direito anglo-saxão, a *mitigation doctrine* vem sendo paulatinamente aplicada nos sistemas de tradição romano-germânica, embora de maneira desigual e assistemática. Também no plano internacional, tal dever é previsto pela Convenção de Viena sobre venda internacional de mercadorias, de 1980[746], pela Convenção de Haia sobre venda internacional de objetos móveis corporais, de 1º de julho de 1964[747] e pelos Princípios *Unidroit* dos

---

[744] PENTEADO, Mauro, *O penhor de ações no direito brasileiro*, cit., p. 200.

[745] A propósito, cf. FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil,* v. 19, jul./set. 2004, p. 112. Esclarece a autora que o vocábulo *mitigate* é de origem francesa e decorre do verbo *mitiger*.

[746] "Artigo 77. A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada." Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2011.

[747] "*Art. 88: The party who relies on a breach of contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in damages.*"

contratos comerciais internacionais, de 1994[748], no que foram reproduzidos pelos Princípios do Direito Contratual Europeu.

A propósito da referida doutrina, e entendendo-a aplicável no ordenamento brasileiro, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma:

> A consideração dos "danos" deve atender a alguns parâmetros. Dentre eles, a "doctrine of mitigation" recomenda que o lesado (credor, autor da ação de resolução) deve comportar-se de modo a mitigar os danos, mantendo-os nos limites imediatamente decorrentes da existência do ato ilícito. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao lesado o dever de diligência, para circunscrever o prejuízo e impedir sua eventual expansão.[749]

Justamente em decorrência de sua recepção não sistematizada, a natureza jurídica do dever de mitigar é controversa. Claude Witz assevera ser largamente dominante a opinião de que não se trata de uma obrigação no sentido exato do termo, haja vista que seu descumprimento não é passível de sanção autônoma pela via da responsabilidade contratual, tendo o credor como sujeito passivo[750], entendimento este adotado pela Convenção de Viena de 1980 (art. 28). Do mesmo modo, afasta-se a sua qualificação como espécie de obrigação natural ou moral, porquanto a violação do dever de mitigar implica consequências de ordem jurídica, especialmente a redução das perdas e danos.

No sistema jurídico alemão, tal dever consubstancia um *Obliegenheit*, entendido como um dever de menor intensidade[751], cuja obediência se dá no interesse do próprio credor, que, se o descumpre, fica sujeito a uma sanção de natureza mais leve, como a perda de uma posição jurídica favorável, sem que se conceda ao devedor propriamente um direito autônomo de indenização.[752] No sistema jurídico suíço, o *duty to mitigate* é

---

[748] "Art. 7.4.8: (1) A parte inadimplente não é responsável pelo dano sofrido pela parte lesada na medida em que tal dano poderia ter sido reduzido mediante a adoção de medidas razoáveis por esta última." Tradução livre da versão em italiano, Roma, Unidroit, 2004.

[749] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, cit., p. 269.

[750] WITZ, Claude *apud* FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 113.

[751] Cf. FABIAN, Christoph, *Direito de informar no direito civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

[752] Caso exemplar, julgado pela *Bundesgerichtshof* em 1999, é o de uma produtora de sementes de uva que adquiriu uma cera especial para evitar o ressecamento das cepas e protegê-las contra riscos de infeccções. Mesmo após descobrir que a cera estava causando danos às cepas, a produtora continuou a utilizá-la e requereu em juízo reparação por perdas e danos. A Corte Federal alemã decidiu que tal conduta viola o artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias, não podendo ser aceita porque contrária a todas as regras de comportamento contratual, sejam elas de natureza moral, costumeira (*lex mercatoria*), principiológica (boa-fé) ou legislativa. O caso é registrado por FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 111.

previsto enquanto *incombance*, isto é, incumbência, ônus, no sentido de onerar o credor, praticamente nos mesmos moldes do direito germânico.[753]

No ordenamento francês, o dever de mitigar não recebe uma designação específica, mas, em sede jurisprudencial, vem sendo associado ao princípio da boa-fé objetiva, em alguns casos especificamente à proibição de *venire contra factum proprium*[754], e ao abuso de direito. No direito italiano, tal dever tem respaldo no *Codice Civile*[755] e encontra aplicação na jurisprudência.[756] Enfim, nos sistemas da *Common Law*, o *duty to mitigate* tem sido compreendido como uma conseqüência natural da própria quebra do contrato pelo outro contratante.[757]

Segundo Antunes Varela, impõe-se à vítima, mesmo quando não contribui para a causação do evento danoso, não apenas o dever de proceder de modo que o dano não se agrave, mas também o de tentar reduzi-lo na medida do possível.[758] Para Díez-Picazo o dever de mitigar os danos sofridos decorre do princípio da boa-fé e, quando descumprido, é um fator que "*rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la passividad del acreedor*".[759] Também Michele Cantillo sustenta que o de dever imposto à vítima a fim de evitar o dano decorre dos princípios gerais de "*correttezza e buona fede*".[760]

---

[753] FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 114.

[754] Exemplificativamente, cita-se o caso Bailleux X Jaretty, em que um locador permaneceu onze anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acabou sendo privado de exercer o seu direito. A propósito, cf. FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 115, nota 22.

[755] "*Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore*
Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.
Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti)."

[756] É emblemático o caso decidido pela Corte de Cassazione, em 13.07.1998, n. 6856, que discutiu se seria legítima a recusa do locador de aceitar a entrega da coisa ante o fato de o imóvel estar deteriorado. Tratando-se de reparações ordinárias, que poderiam ser perfeitamente efetuadas pelo locador mediante posterior reembolso pelo locatário, a Corte entendeu que o locador tinha o dever de evitar os danos decorrentes da recusa da entrega da coisa. A decisão é registrada por DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 191.

[757] FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 116.

[758] VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., p. 917.

[759] DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. 2, 5. ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 689.

[760] CANTILLO, Michele, *Le obligazioni*, *apud* CRUZ, Gisela Sampaio da, *A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro*, Tese de Doutorado, Rio de Janeiro, UERJ, 2008, p. 121. Segundo o autor, a influência da culpa da vítima pode se verificar em três situações: (i) culpa exclusiva da vítima, que interrompe o nexo causal e, em conseqüência, exclui a responsabilidade do agente; (ii) culpa concorrente da vítima, que interfere no nexo causal para atenuar ou limitar a responsabilidade do agente; e, por fim, (iii) culpa da vítima que não tentou impedir ou atenuar o evento danoso. Neste último caso, contudo, o autor entende que não há interrupção do nexo causal, pois "*non si configura, cioè, un problema di causalità, bensì di estensione del danno risarcibile*".

No ordenamento brasileiro, entende-se que o dever de mitigar é um dever acessório oriundo da boa-fé objetiva, por força do artigo 422[761] do Código Civil em vigor.[762] De fato, como afirma Perlingieri, "a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação", o que "implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor".[763] Consubstanciando, então, um instrumento de cooperação, o dever de mitigar reforça a própria confiança negocial.

Além de ser fonte do dever anexo de mitigar, a boa-fé objetiva também opera a sua função limitadora do exercício do direito à reparação de perdas e danos. O dever de mitigar, neste ponto, aproxima-se da figura da *supressio*, desta se diferenciando apenas por limitar a reparação em virtude da inércia do credor em mitigar os seus prejuízos, e não propriamente em exercer o seu direito, razão pela qual somente resta reduzida a indenização quanto ao montante que o credor poderia e deveria mitigar. E a redução da indenização, por seu turno, também encontra guarida na regra constante do artigo 945[764] do Código Civil, que reconhece a concorrência de causas como fator atenuante e que pode ser estendida à responsabilidade contratual, e na regra da causalidade constante do artigo 403[765] do mesmo código. Identifica-se o dever de mitigar, outrossim, na norma constante do artigo 430[766], a qual, a par das demais disposições citadas, evidencia a admissibilidade da figura no direito pátrio.

A jurisprudência brasileira sinaliza favoravelmente ao dever de mitigar, especialmente em contratos bancários[767] e de compra e venda[768] em que tenha havido

---

[761] CC/2002: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé." Segundo o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, proposta pela Professora Véra Fradera, "o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."

[762] FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 116.

[763] PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito* civil, cit., p. 212.

[764] CC/2002: "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."

[765] CC/2002: "Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

[766] CC/2002: "Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos."

[767] Cf. a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, 3ª turma, Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay, julg. em 24.09.2009, AC nº. 2009.022658-4/0000-00: "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO "DUTY TO MITIGATE THE LOSS" – [...]. Se a instituição financeira permanece inerte por longo período, aguardando que a dívida atinja montantes astronômicos, impõe-se-

injustificada demora por parte do credor na tomada das medidas cabíveis contra o devedor. Mas tanto doutrina quanto jurisprudência ainda se mostram incipientes na aplicação da doutrina da mitigação do dano, razão pela qual se mostra especialmente útil traçar os principais desenvolvimentos da teoria em experiências estrangeiras para, posteriormente, estabelecer o seu ponto de contato com a autotutela contratual.

Tendo em vista os desenvolvimentos teóricos já alcançados em outros sistemas, pode-se dizer que o dever de mitigar traduz três idéias gerais, a saber: a de que ao credor não é permitido recuperar os danos que sofreu em decorrência de perdas que poderia ter evitado; a de que os benefícios que o credor eventualmente percebeu, em virtude do inadimplemento do devedor, devem ser levados em consideração quando da análise do prejuízo daquele; e a de que, se o credor contribuiu de algum modo para o descumprimento do pactuado, a sua conduta deve ser levada em conta para atenuar aquela do devedor inadimplente.[769]

O *duty to mitigate* apresenta dois aspectos: o primeiro relaciona-se à conduta do credor no sentido de tomar medidas positivas para diminuir o prejuízo que, de outro modo, resultariam do inadimplemento do devedor (*minimising loss*); o segundo diz respeito à conduta do credor no sentido de se abster de tomar medidas que normalmente tomaria no cumprimento fiel do contrato, mas que – frente ao inadimplemto – só

---

lhe a aplicação do princípio denominado duty to mitigate the loss, que impõe, nestes casos, por penalidade, a redução do crédito do mutuário deveria, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, evitar o agravamento do próprio prejuízo. […] Ante a inércia da instituição financeira e em face a aplicação do princípio duty the mitigate the loss, no interregno temporal de 21/08/1999 a 11/11/2004 o quantum debeatur não deverá sofrer qualquer correção (seja no tocante a juros, correção monetária e/ou multa moratória)."

[768] Cf. o acórdão proferido pelo STJ, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, REsp 758518-PR, DJ 01.07.2010, assim ementado: "DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido."

[769] TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for Breach of Contract*, cit., p. 179.

agravarão o seu prejuízo (*augmentation of loss*), devendo, portanto, suspender a execução de sua prestação e deixar de despender gastos[770] e contrair empréstimos.

A minimização do prejuízo é reconhecida pela jurisprudência americana e é expressamente prevista pelo Código Civil alemão.[771] Uma das situações em que tem sido amplamente aplicada concerne às relações de compra e venda em que, se o comprador não aceita ou o vendedor não entrega de acordo com os termos do contrato, à parte prejudicada não é permitido recuperar os danos sofridos devido a movimentações de mercado, quando era razoável que firmasse contrato substitutivo. Os sistemas americano, inglês e alemão divergem acerca de quando seria razoável exigir do credor esta conduta, enquanto o direito francês não reconhece propriamente um dever em celebrar nova avença[772], mas uma faculdade (*faculté de remplacement*).[773]

No ordenamento italiano, há previsão expressa da *execuzione coattiva* pelo vendedor[774] ou pelo comprador, que traduz uma espécie de contratação substitutiva, segundo a qual a parte adimplente, no exercício do poder de autotutela, consegue, de

---

[770] TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for Breach of Contract*, cit., p. 180.

[771] "§ 254 par. 2, BGB: ***Contributory negligence****: (1) Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party. (2) This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. The provision of section 278 applies with the necessary modifications.*" Tradução livre: Culpa Contributiva: (1) Nas situações em que a falta da pessoa prejudicada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilização pelas perdas e danos, assim como a extensão da compensação a ser paga, dependem das circunstâncias, especialmente quanto à extensão em que o dano é causado, principalmente por uma ou a outra parte. (2) Isso também se aplica se a falta da pessoa prejudicada se limita à omissão de chamar a atenção do devedor para o perigo de dano descomunalmente extenso, de que o devedor não estava ou não poderia estar consciente, ou à omissão em evitar ou reduzir o dano. A previsão do artigo 278 se aplica com as necessárias modificações.

[772] TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for Breach of Contract*, cit., p. 180.

[773] A propósito, esclarece François TERRÉ *et alii, Droit civil: les obligations*, cit., p.648: "*L'article 1144 du Code civil accorde au créancier de l'obligation inexécutée, la* faculté de se remplacer, *c'est-à-dire de se procurer chez un concurrent de son partenaire les merchandises que celui-ci ne lui a pas livrées, la différence de prix étant supportée par le débiteur défaillant. L'utilisation de cette faculté est en principe subordonnée par l'article 1144 à l'autorisation du juge, en sorte qu'elle ne rentre pas dans l'hypothèse d'une dérogation légale au jeu de l'article 1184 du code civil. Mais il en va autrement en matière commerciale. En virtu des usages commercieux, le créancier peut mettre en oeuvre la faculté de se remplacer après une simple mise en demeure du débiteur restée infructueuse*."

[774] "***Art. 1515 Esecuzione coattiva per inadempimento del compratore***
Se il compratore non adempie l'obbligazione di pagare il prezzo (1498), il venditore può far vendere senza ritardo la cosa per conto e a spese di lui.
La vendita è fatta all'incanto a mezzo di una persona autorizzata a tali atti (att. 83) o, in mancanza di essa nel luogo in cui la vendita deve essere eseguita, a mezzo di un ufficiale giudiziario. Il venditore deve dare tempestiva notizia al compratore del giorno, del luogo e dell'ora in cui la vendita sarà eseguita.
Se la cosa ha un prezzo corrente, stabilito per atto della pubblica autorità (o da norme corporative), ovvero risultante da listini di borsa o da mercuriali, la vendita può essere fatta senza incanto, al prezzo corrente, a mezzo delle persone indicate nel comma precedente o di un commissario nominato dal pretore. In tal caso il venditore deve dare al compratore pronta notizia della vendita.
Il venditore ha diritto alla differenza tra il prezzo convenuto e il ricavo netto della vendita, oltre al risarcimento del maggior danno (1536, 1551, 1686)."

modo direto e imediato, o objeto da prestação e também o ressarcimento de prejuízos devidos a eventual diferença de preço e às despesas da operação.[775] Segundo Betti, embora a lei imponha a intervenção de um oficial público e a observância de certas formalidades, nada impede que a alienação se dê por autoridade do próprio credor, sem necessidade de qualquer cognição e autorização judicial.[776]

Outros exemplos de mitigação do dano, citados pela doutrina italiana, são o da aquisição de mercadorias substitutivas especialmente quando o mercado sinalize o aumento dos preços e o de empregado que pode ser admitido em outro emprego após ser dispensado, mas deixa de fazê-lo por simples comodidade, onerando o antigo empregador.[777] Registra-se na jurisprudência um caso em que se atribuiu ao adquirente de máquina de café defeituosa o dever de substituí-la e de só suspender sua atividade empresarial pelo tempo indispensável para essa substituição.[778]

Também a Convenção de Viena de 1980, em seus artigos 75[779] e 76[780], prevê a "compra de substituição" e a "venda compensatória" como legítimas medidas de mitigação por meio de autotutela.

Há casos em que a prática dos tribunais estrangeiros aponta como de solução mais delicada e de construção teórica mais robusta, a exemplo dos contratos de propaganda ou de anúncio. Nestes, ocorrendo o inadimplemento do anunciante,

---

[775] "***Art. 1516 Esecuzione coattiva per inadempimento del venditore***
Se la vendita ha per oggetto cose fungibili che hanno un prezzo corrente a norma del terzo comma dell'articolo precedente, e il venditore non adempie la sua obbligazione (1476), il compratore può fare acquistare senza ritardo le cose, a spese del venditore, a mezzo di una delle persone indicate nel secondo e terzo comma dell'articolo precedente (att. 83). Dell'acquisto il compratore deve dare pronta notizia al venditore.
Il compratore ha diritto alla differenza tra l'ammontare della spesa occorsa per l'acquisto e il prezzo convenuto, oltre al risarcimento del maggior danno (1223,1536, 1551)."

[776] BETTI, Emilio, Autotutela, cit., p. 531.

[777] DI MAJO, Adolfo, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 191.

[778] Cf. ROSSELLO, Carlo, Sull'onere dei creditore di ridurre le conseguenze dell'inadempimento, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1983, ano XXXVII, vols. 3-4, p. 1.168.

[779] "Artigo 75
Se o contrato for resolvido e se, por forma e num prazo razoáveis após a resolução, o comprador procedeu a uma compra de substituição ou o vendedor a uma venda compensatória, a parte que pede indenização por perdas e danos pode obter a diferença entre o preço do contrato e o preco da compra de substituição ou da venda compensatória, bem como qualquer outra indenização por perdas e danos que possa ser devida em virtude do artigo 74."

[780] "Artigo 76
(1) Se o contrato for resolvido e as mercadorias tiverem um preço corrente, a parte que pede indenização por perdas e danos, se não procedeu a uma compra de substituição ou a uma venda compensatória nos termos do artigo 75, pode obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como qualquer outra indenização por perdas e danos que seja devida em virtude do artigo 74. No entanto, se a parte que pede indenização por perdas e danos resolveu o contrato depois de ter tomado posse das mercadorias, é o preço corrente no momento em que tomou posse delas que é o aplicável e não o preço corrente no momento da resolução.
(2) Para os efeitos do parágrafo anterior, o preço corrente é o preço do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço corrente praticado noutro lugar que se afigure razoável tomar como ponto de referência, tendo em devida conta as diferenças no custo do transporte das mercadorias." Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2011.

questiona-se se o publicitário, para mitigar seu prejuízo, estaria obrigado a disponibilizar a um outro anunciante o espaço que havia reservado. Segundo um juízo de razoabilidade, a resposta para o questionamento acima depende da oferta e da demanda por espaços disponíveis. Se a demanda por anúncios é maior e abundante em relação aos espaços disponíveis, parece razoável exigir-se do publicitário que ofereça o espaço a outro cliente, e o mesmo pode se dizer quando se trata de espaço específico, com visibilidade diferenciada, que poderia, facilmente, ser alugado. Todavia, em sendo a oferta maior do que a demanda, parece não razoável exigir-se do publicitário que se empenhe em preencher o espaço do anunciante inadimplente, pois assim seria ele privado da possibilidade de firmar negociações mais lucrativas.

Por outro lado, na avaliação dos ganhos a serem sopesados no cálculo dos danos, a *Commom Law* estabeleceu o princípio básico de que só podem ser levados em conta os ganhos da parte prejudicada quando, ao se imaginar a ausência de inadimplemento, os ganhos também desaparecessem.[781] Portanto, os ganhos obtidos devem decorrer diretamente do inadimplemento. É o caso, por exemplo, do vendedor que, por causa do inadimplemento do comprador, acaba por alcançar uma maior margem de lucro num contrato substitutivo com outrem. Este lucro deve ser levado em conta ao se estimarem as perdas e danos. Mas cabem temperamentos: se existem muitos compradores e o vendedor possui quantidade limitada de mercadorias, teria o mesmo lucro em qualquer das vendas e facilmente substituiria o comprador inadimplente. Mas, se o estoque do vendedor excede a demanda, pelo que o vendedor, facilmente, poderia ter abastecido ambos os compradores (o original e o substituto), não se tratará de genuína compra e venda substitutiva, decorrente da quebra do contrato original.[782] Logo, não se considerará as vantagens do segundo contrato a mitigarem as perdas decorrentes do primeiro, porque, de fato, não decorreram, necessariamente, daquele inadimplemento.

Disso resulta que o princípio geral que tem governado a consideração das vantagens compensatórias na Alemanha (*Vorteilsausgleichung*) é o que exige a verificação da causalidade adequada entre o rompimento do contrato e o benefício auferido ou as despesas economizadas pelo credor. Por conseguinte, desconsideram-se, por exemplo, as vantagens advindas do pagamento de seguros, pagamentos voluntários de terceiros e ganhos devidos a atos voluntários do credor que não tenham sido

[781] TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for Breach of Contract*, cit., p. 183.
[782] TREITEL, Guenter Heinz. *Remedies for Breach of Contract*, cit., p. 186.

praticados no exercício do dever de mitigar ou que não tiverem a conexão causal necessária com o inadimplemento.

Um outro aspecto que deve ser considerado é o do direito do credor ao ressarcimento das despesas por ele incorridas para o exercício do dever de mitigar, o que, aliás, é corroborado pelos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, do *European Group on Tort Law*, ao dispor, no artigo 2:104, que "as despesas realizadas com vistas a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável". A propósito, Gisela Sampaio da Cruz propõe os seguintes critérios:

> Desde que se revelem razoáveis, todas as despesas realizadas pelo lesado para impedir o evento danoso ou minimizar suas conseqüências devem ser ressarcidas pelo agente causador do dano. Até porque, se é reconhecido à vítima o dever de mitigar os prejuízos, é evidente que ela deve ser ressarcida de todas as despesas efetuadas nesse sentido, bem como daquelas que foram realizadas, preventivamente, para evitar o dano, contanto (i) que não sejam consideradas medidas desproporcionais e (ii) que haja, de fato, uma ameaça de dano.[783]

Partindo de tais características gerais, infere-se, em suma, que o dever de mitigar, inclusive nas hipóteses de inadimplemento antecipado[784], pode implicar a necessidade de o credor tomar prontas medidas *em face do próprio devedor*, tal como a suspensão da execução de sua prestação mediante exceção de contrato não cumprido, a cobrança, a execução da dívida, a reintegração na posse de coisa, a resolução judicial ou extrajudicial, com liquidação de perdas e danos em quaisquer dos casos. Em tais hipóteses, o dever de mitigar serve a orientar o controle judicial acerca da justa mensuração das perdas e estabelece ponto de contato com a autotutela contratual especialmente no tocante ao exercício da exceção de contrato não cumprido (função conservativo-cautelar) e da resolução extrajudicial (função resolutiva).

Todavia, para se estabelecer um ponto de contato entre a mitigação do dano e a autotutela contratual com função propriamente satisfativa, que é o aspecto ora enfocado, é preciso que a conduta do credor lesado dirija-se à satisfação direta de seu próprio

---

[783] CRUZ, Gisela Sampaio da, *A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro*, cit., p. 121.

[784] Cf. BECKER, Anelise, Inadimplemento antecipado do contrato, cit., p. 74; e TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 154, que exemplifica: "(...) o pecuarista, diante da quebra antecipada do contrato de fornecimento de leite para fábrica de laticínios, deve se esforçar para celebrar outro contrato em substituição ao repudiado, a fim de não perder toda produção e, então, diminuir os riscos causados pela quebra. Se não o fizer, arcará com sua inércia, pois a data a servir de referência para o cálculo das perdas e danos será aquela em que poderia ter firmado novo contrato. O ônus da prova de que o credor poderia ter minorado seu prejuízo mas não o fez recai sobre o devedor, de tal sorte que, se não conseguir demonstrar a inércia do credor, os prejuízos a serem ressarcidos serão aqueles sofridos até o dia em que a prestação deveria ter sido adimplida."

interesse, o que pode ocorrer por meio de contratações substitutivas que lhe possibilitarão alcançar, não já pelo adimplemento do outro contratante mas pela sua própria atuação, o resultado útil programado. Resta, contudo, saber se, nesses casos de contratação substitutiva, a mitigação dos danos como expressão de autotutela é sempre um dever jurídico ou se pode ser mera faculdade.

Segundo Di Majo, a mitigação do dano tem natureza de "remédio" e assume característica de regra de ressarcimento dotada de flexibilidade e elasticidade.[785] E, na linguagem dos remédios, como já dito, importa considerar, mais do que a situação jurídica subjetiva preestabelecida, os interesses concretos objeto de tutela, sempre devidamente ponderados. Desse modo, infere-se que a mitigação dos danos pode configurar um dever ou uma faculdade.

Vale dizer: a cooperação que deve orientar a relação obrigacional complexa não impõe, evidentemente, que as partes realizem os interesses individuais da outra parte em detrimento de seus próprios interesses ou de posições contratuais para si mais vantajosas. Isso porque, como observa Aline Terra, "é inerente à relação contratual a busca por situação mais favorável à realização de seus objetivos. O que se veda por meio da boa-fé é que essa disputa em prol da realização dos interesses contrapostos viole a lealdade e a honestidade, que devem governar, também, as relações contratuais".[786]

A razoabilidade, assim, confere significativa flexibilidade ao dever de mitigação, porque o credor só "deve" agir na medida do razoavelmente exigível. Desta feita, o credor não está obrigado a agir se as despesas a despender puderem ser maiores que o prejuízo a ser evitado, da mesma forma como não pode ser obrigado a litigar com terceiros, mesmo que o resultado buscado implique a redução do prejuízo, e tampouco a tomar medidas que afetem a sua reputação comercial. Tem-se admitido, inclusive, que, se ao empreender medidas razoáveis para diminuir suas perdas, o credor acaba por agravá-las, tem direito ao ressarciamento do prejuízo agravado.[787]

Portanto, a mitigação dos danos enquanto medida de autotutela com função satisfativa somente será um dever quando a conduta mitigadora for factível, razoável e legitimamente esperada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ou previamente ajustada por cláusula contratual, ou determinada por lei. Não sendo assim,

---

[785] DI MAJO, Adolfo, Le tutele contrattuali, cit., p. 191.
[786] TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p 36.
[787] TREITEL, Guenter Heinz, *Remedies for Breach of Contract*, cit., p. 183.

será apenas uma faculdade[788] de agir em autotutela. No primeiro caso, a contratação substitutiva é um remédio de autotutela com função satisfativa (porque traduz uma conduta unilateral do credor em reação à lesão de seu interesse pelo inadimplemento) *concomitante* com a função cautelar de evitar uma outra lesão ao interesse do devedor.[789] Seria a única hipótese (até então vislumbrada) de "dever" de autotutela. De maneira diversa, sendo mera faculdade, o remédio tem *diretamente* uma função satisfativa em relação ao interesse do próprio credor e apenas *indiretamente* uma função cautelar em relação ao interesse do devedor.

É com base na razoabilidade, pois, que o credor poderá ou deverá tomar medidas positivas de minimização ou negativas de não agravamento do próprio prejuízo, não lhe sendo exigível atividade gravosa ou extraordinária para conter os efeitos ou impedir o agravamento do dano.[790] Nesse sentido sustenta ainda Ruy Rosado:

> Uma das situações mais difíceis de solver na prática é a que exige a definição do tempo a considerar como sendo o de duração do prejuízo que decorra da destruição da máquina, do caminhão de transporte coletivo ou de carga, ou do incêndio do prédio comercial. Se o lesado dispõe de recursos para o conserto ou a substituição, o período a incluir na indenização será apenas o que se fizer necessário para isso. Porém, se o prejudicado não tem meios para qualquer dessas providências, uma alternativa seria estender o tempo até quando o responsável efetivasse a reparação do dano. Mas essa solução pode permitir indenização de valor desproporcionado ao dano à coisa, e induziria o lesado a omitir-se de qualquer providência destinada a encontrar alguma solução, confiando na reparação judicial. Por isso, parece razoável que se exija do lesado a adoção de providência ao seu alcance, de acordo com as condições do mercado e nas circunstâncias do contrato, para fazer cessar a perda que lhe decorre do descumprimento (aluguel de outra máquina; conserto ou substituição financiados etc.). Somente quando isso não se mostrar possível, poder-se-á estender por mais tempo o período a considerar para a avaliação do prejuízo.[791]

Além da razoabilidade e do nexo de causalidade a orientar a configuração do dever de mitigar, importa enfim investigar qual a natureza da responsabilidade pelo seu descumprimento. Primeiramente, entende-se que a responsabilidade é contratual e, não, extracontratual.[792] Tendo em vista a ampla concepção de prestação devida e o aspecto funcional da obrigação complexa, que resultaram na absorção dos deveres oriundos da

---

[788] Como esclarece Goffredo TELLES JÚNIOR, Direito subjetivo – I, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 28, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 300, "a *faculdade*, ou *potência*, é possibilidade; é a possibilidade de ser. A possibilidade de se fazer *ato*."

[789] Para uma profunda abordagem do interesse do devedor no âmbito da relação obrigacional complexa, cf. ROMANO, Geremia, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, ESI, 1995.

[790] CERVELLI, Francesco Maria, Profili della risoluzione del contratto per inadempimento, *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, cit., p. 270.

[791] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, cit., p. 271.

[792] Discorda-se, neste particular, do entendimento de FRADERA, Véra Maria Jacob de, in Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 118, no sentido de que "como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual."

boa-fé objetiva para o interior da relação obrigacional, não se vislumbra óbice à caracterização da responsabilidade *in casu* como contratual, mesmo que não gere uma ação autônoma. Isso porque a mitigação ou não das perdas e danos influirá de qualquer modo na ação que tenha por objeto o inadimplemento da prestação originária.

Por derradeiro, entende-se que a responsabilização objetiva pelo descumprimento, indistintamente, de qualquer dever anexo oriundo da cláusula de boa-fé[793] deve ser vista com cautela, pois, no caso do dever de mitigar, parece absurdo responsabilizar o credor, já lesado pelo inadimplemento, sem perquirir a sua culpa, ou seja, sem verificar se seria razoavelmente exigível, no caso concreto, a conduta mitigadora do dano. Tomem-se como exemplo as situações do consumidor, do empregado e do alimentando. Todos revelam algum nível de vulnerabilidade, a ser analisada sempre em concreto, que pode tornar inviável ou muito difícil a mitigação. Em contrapartida, a culpa deve ser aferida objetivamente, ou seja, como erro de conduta, como desvio do comportamento razoavelmente diligente, e não subjetivamente, sob o ponto de vista psicológico ou moral, valendo lembrar que a *culpa* objetiva fundamenta uma *responsabilidade* subjetiva.

Enfim, é sempre oportuno ressaltar que a classificação rígida e abstrata do elemento subjetivo do contrato já não condiz com a complexidade e pluralidade das relações na contemporaneidade. Entre contratos típicos e atípicos, paritários e não paritários, a exigibilidade de atuação dos remédios de autotutela, sobretudo daqueles com função satisfativa de mitigação de perdas e danos, deve ser analisada necessariamente em concreto, conforme as condições dos contratantes envolvidos.

À guisa de conclusão, assim como restaram demonstradas as potencialidades expansivas dos instrumentos de autotutela com função conservativo-cautelar e resolutiva, mostrou-se igualmente viável a admissibilidade e ampliação do uso de remédios com função satisfativa.

---

[793] É o que estabelece o Enunciado nº. 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. No mesmo sentido, cf. TARTUCE, Flávio, a boa-fé e a mitigação do prejuízo pelo credor – esboço do tema e primeira abordagem, disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>, acesso em: 20 maio 2010.

4 **CONCLUSÃO**

Atingido o final do percurso, entende-se ter sido satisfeito o objetivo deste trabalho, destinado inicialmente a revisitar os instrumentos de autotutela e a repensar os seus pressupostos de admissibilidade, limites e mecanismos de controle no ordenamento brasileiro, em particular nas situações de inadimplemento contratual.

Foram, assim, apresentados, no primeiro capítulo, alguns dos problemas da pós-modernidade que impactam no direito, exigindo-lhe uma reação no sentido de oferecer instrumentos jurídicos mais eficazes para a tutela de interesses legítimos. Demonstrou-se a necessidade premente de remédios extrajudiciais, especialmente de autotutela, ante a notória insuficiência do Estado para concentrar e monopolizar as soluções para os incontáveis e mais variados conflitos de interesses deflagrados cotidianamente.

Revisitando-se as origens da autotutela, historicamente atrelada à noção primitiva de vingança privada, foi possível conceber uma renovada perspectiva, constitucionalizada e controlada, inconfundível com a conduta criminalmente tipificada do exercício arbitrário das próprias razões. Corroborou tal perspectiva a compreensão da cooriginariedade das autonomias pública e privada e da liberdade como um conceito intersubjetivo, que, por sua vez, pressupõe a igualdade como um princípio corretivo.

O reconhecimento de um fundamento constitucional para a autonomia negocial mostrou-se determinante para que se pudesse conferir legitimidade – também constitucional - à autotutela contratual, que é expressão daquela autonomia. Por conseguinte, rompeu-se com o dogma da excepcionalidade dos instrumentos de autotutela, que passa a ser entendida como um poder merecedor de respaldo pelo ordenamento, desde que congruente com a ordem constitucional.

Foi possível, então, conceber uma solução conciliatória para as demandas da pós-modernidade, cuja aparente contradição consubstanciou o problema enfrentado. Tal solução preconiza a abertura aos contratantes de mais espaço para reger e defender os seus próprios interesses independentemente da chancela estatal, mas sem prejuízo de um posterior controle judicial para corrigir eventuais inadequações de conduta (na hipótese de contrariedade à boa-fé) ou abusos (no caso de desvio da função do remédio adotado).

Constatou-se que a linguagem dos remédios, própria dos sistemas da *common law*, também pode ser útil nos ordenamentos de tradição romano-germânica como o brasileiro, sobretudo quando se leva em consideração o movimento crescente de

aproximação dos dois modelos. Na referida linguagem, o interesse destaca-se da lógica dos direitos subjetivos, e o fato de não haver uma previsão expressa de certo instrumento para a sua defesa não significa que tal interesse não mereça pronto remédio contra possíveis lesões.

Explicitou-se que, em matéria contratual, a operatividade da autotutela como um poder geral esbarra em dificuldades práticas devido à complexidade de tipos, categorias, patologias e interesses envolvidos, circunstâncias que conformam um sistema de remédios com variadas estruturas e funções. O reconhecimento, porém, da autotutela como poder geral e não excepcional, porque fundado no princípio da autonomia, revelou-se útil para justificar uma vocação expansiva dos respectivos instrumentos, para além das formatações que lhes são tradicionalmente atribuídas. E foi precisamente a busca dessa vocação expansiva o fio condutor do presente trabalho, traduzindo a essência da tese proposta.

O ineditismo de tal abordagem na doutrina brasileira indubitavelmente tornou mais instigante a pesquisa, mas, por outro lado, dificultou a identificação de referências nacionais acerca da autotutela contratual, o que justifica o recurso à experiência estrangeira, em especial à doutrina italiana, que se lançou profundamente sobre o assunto.

O enfrentamento do tema também suscitou uma abordagem interdisciplinar, revelando pontos de contato entre diversos ramos do direito, isto é, civil, comercial, penal, processual, internacional e comunitário. O diálogo entre as premissas e soluções oferecidas por cada um deles certamente contribuiu para uma melhor compreensão de cada um dos instrumentos ou remédios estudados.

Considerando-se a delimitação do objeto de estudo à análise dos instrumentos de autotutela em reação ao inadimplemento, dedicou-se a este o segundo capítulo, com o escopo de identificar as transformações conceituais, estruturais e funcionais decorrentes da mudança de paradigma experimentada pelo direito das obrigações. Nesse sentido, realizou-se uma releitura da obrigação segundo a sua função, a fim de contextualizar a lesão pelo inadimplemento. Identificou-se nos deveres de conduta oriundos da boa-fé objetiva a razão do alargamento do objeto da obrigação e, conseqüentemente, a extensão do conceito de adimplemento, surtindo transformações na própria noção de inadimplemento.

Quanto a tais transformações, foram enfrentadas as dificuldades conceituais da mora e do inadimplemento absoluto, que restaram revigorados. Foi examinada a mora no cumprimento das obrigações negativas, concluindo-se pela sua possibilidade. Enfrentou-se igualmente o problema da contratualidade dos deveres de proteção e as possíveis conseqüências de seu descumprimento, compatíveis com o inadimplemento contratual. Outras transformações também mereceram especial atenção, ora por indicar uma potencialidade expansiva dos instrumentos de autotutela, a exemplo do inadimplemento anterior ao termo e à condição suspensiva, ora por impor limites ao exercício de tais instrumentos, como a noção de inadimplemento mínimo.

Por derradeiro, dedicou-se o terceiro capítulo à análise da estrutura e função, bem como, e sobretudo, das potencialidades expansivas dos principais remédios de autotutela pelo inadimplemento, classificados segundo um critério funcional, a saber: (i) remédios com função conservativo-cautelar, que abrangem as exceções de contrato não cumprido e a retenção preventiva; (ii) remédios com função resolutiva, abrangendo a cláusula resolutiva expressa e outros possíveis instrumentos de resolução extrajudicial; e (iii) remédios com função satisfativa, compreendendo a retenção definitiva, o pacto marciano e algumas medidas de mitigação de perdas e danos pelo próprio credor, a exemplo das contratações substitutivas.

No tocante às exceções de contrato não cumprido, decorrentes respectivamente de inadimplemento consumado ou de risco de descumprimento, foram identificados quatro campos de expansão: a) pela ampliação da noção de sinalagma contratual devido à perspectiva funcional do adimplemento, tendo sido propostas duas noções de correspectividade, uma em sentido estrito (típica) e outra em sentido amplo (voluntária); b) pela ampliação da noção de sinalagma para além da própria relação contratual, por força do fenômeno da conexão contratual em suas mais diversas manifestações; c) pela admissibilidade da mora no cumprimento das obrigações negativas; d) pela admissibilidade do inadimplemento antecipado e da perspectiva não estritamente patrimonialista do risco de descumprimento.

Revisitou-se o direito de retenção, tendo sido examinadas as suas funções e os problemas de sua natureza e oponibilidade, concluindo-se pela sua possibilidade de expansão, seja pela aplicação analógica de normas aplicáveis a específicos contratos, seja pela possibilidade de a autonomia privada estabelecer hipóteses de retenção convencional.

Como instrumento de autotutela com função resolutiva, investigou-se a cláusula resolutiva expressa enquanto meio de resolução convencional extrajudicial. Concluiu-se no sentido de sua ampla operatividade mesmo nas hipóteses em que a lei determina a prévia interpelação do devedor, bem como nas relações de consumo e nos contratos de adesão. Constatou-se a sua admissibilidade também nos casos de imputação objetiva do inadimplemento, bem como a extensibilidade de seu uso aos contratos conexos, presente o requisito da correspectividade, estrita ou ampla, entre contratos distintos, porém funcionalmente interligados. Ainda considerando-se a função resolutiva, sustentou-se a possibilidade, viabilidade e até mesmo necessidade de se admitirem outros instrumentos de resolução extrajudicial não previstos expressamente pelo ordenamento brasileiro.

Quanto aos remédios com função satisfativa, foi demonstrada a admissibilidade do pacto marciano no direito pátrio, uma vez que, ao contrário do proibido pacto comissório, aquele opera a apropriação pelo credor da coisa dada em garantia mediante restituição ao devedor do valor excedente ao da dívida. Também a análise da *mitigation doctrine* conduziu à conclusão de que, na experiência brasileira, a mitigação dos próprios danos pelo credor tem fundamento na boa-fé objetiva e pode corresponder, conforme a situação concreta, a um dever ou a uma faculdade.

Sob a perspectiva de uma autotutela constitucionalizada e controlada, foram analisadas as possibilidades de aplicação e as restrições ao exercício de todos os instrumentos mencionados, observando-se interesses existenciais porventura envolvidos, a seriedade e substancialidade do inadimplemento bem como os deveres de informação que orientam a operatividade dos remédios no âmbito da relação obrigacional complexa.

A tese proposta teve, assim, sua relevância, justificativa e viabilidade demonstradas, eis que a autotutela pelo inadimplemento, devidamente concretizada por meio de instrumentos com estruturas e funções bem balizadas, revelou-se (um) mecanismo efetivo de defesa de interesses legítimos no âmbito das relações contratuais e, conseqüentemente, de reafirmação da autonomia privada.

Disso resulta uma constatação importante: a de que a metodologia civil-constitucional, colocando em evidência a necessidade de o ordenamento jurídico conferir a interesses merecedores de tutela mecanismos efetivos de defesa e de satisfação, serve tanto para justificar restrições à autonomia privada quanto, e em igual

medida, para reforçá-la. Sob este prisma, o direito responde à pós-modernidade reforçando a segurança e a confiança no âmbito contratual, na medida em que a autotutela possibilita aos contratantes meios de prevenção ou de reação, extrajudiciais e imediatos, a uma lesão injusta, sem prescindir, caso necessário, do ulterior controle judicial, que deve ser criteriosamente adequado.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, João José. *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*. Coimbra: Almedina, 1986.

ADDIS, Fabio. La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo. In: VETTORI, Giuseppe (a cura di). *Remedies in contract* – the common rules for a european law. Padova: Cedam, 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, abr./jun. 1995.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004.

_____. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 531-563.

_____. A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul/set 2003, p. 73-88.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações.* 11. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ALPA, Guido. Lineamenti di diritto contrattuale. Diritto privato comparato: Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001.

ALTERINI, Atilio. Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad. In: _____. *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Ley, p. 33-47.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 271-297.

ANDRIGHI, Nancy *et alii*. *Comentários ao novo código civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. IX.

ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização.* Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ *et alii*. *Comentários ao código civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. V.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1969.

ATIYAH, Patrick S.. *An introduction to the law of contract.* 5. ed. Oxford: Clarendon Press, 1995.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, jan/mar 2000.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, abr. 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo.* São Paulo: RT, 2000.

AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato.* Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1977.

BARBA, A.. Ritenzione (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3209>. Acesso em: 30 jan 2011.

BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, vol. 12, p. 68-77, out./dez. 2004.

BETTI, Emilio. Autotutela (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.

_____. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1961.

_____. *Diritto processuale civile italiano*. II. edizione. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

_____. *Teoria generale delle obbligazioni.* vol. I. Milão: Giuffrè, 1953.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954, vol. V.

BIANCA, Massimo. Autotutela. *Enciclopedia del diritto*, IV, Aggiornamento, 2000.

BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti.* Napoli, ESI, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* São Paulo, Saraiva, 2007, vol. 5: parte especial,

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

_____. *Teoria da norma jurídica.* Torino, 1958.

BONGIORNO, Girolamo. Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, anno XLII (1988).

BUSNELLI, Francesco Donato. Obbligazioni soggettivamente complesse. *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979.

BUTRUCE, Vitor. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro*: funções, pressupostos e limites de um "direito a não cumprir". 2009. 236f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

CADIET, Loïc. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, 2006, p. 1169-1194.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil* – estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.* Coimbra, Almedina, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista de Direito da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 7, nº 27, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, n. 74, p. 82-97.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris, PUF, 2004, v. II.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de Rescisão Contratual – Doutrina da Gravidade Suficiente do Inadimplemento – Faculdade Discricionária do Juiz. *Revista Forense*, vol. 329, 1995.

CARUSI, Donato. Ritenzione (diritto di). *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2001, p. 3 e ss..

CASTIGLIA, Giuseppe. Negozi collegati in funzione di scambio. *Rivista di diritto civile*, parte II, Padova, Cedam, 1979.

CASTRONOVO e MAZZAMUTO. *Manuale di diritto privato europeo.* Milano, 2007, v. II.

CHASE, Oscar G.. I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D'America. In: VARANO, Vicenzo (a cura di). *L'altra giustizia*, Milano: Giuffrè, 2007, p. 129-156.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Negócio de acertamento*: uma abordagem histórico-dogmática. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CIPRIANI, Nicola. Patto commissorio autonomo. *Rassegna di diritto civile*, 1-2/2002, p. 430.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro*. 2008. 329 f. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

DAGNINO, Antonio. *Contributo allo studio dell'autotutela privata*. Milano, Giuffrè: 1988.

DE CICCO, Maria Cristina. A pessoa e o mercado. In: TEPEDINO, Gustavo (org.), *Direito civil contemporâneo*. São Paulo, Atlas, 2008.

DEL NERO, Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DELLA-CASA. Risoluzione giudiziale e 'di diritto': orientamenti e problemi. In: AA.VV., *Trattato del contratto*, I rimedi-2, a cura di Vicenzo Roppo, Milano, 2006.

DELLACASA-ADDIS. Inattuazione e risoluzione: i rimedi. In: AA.VV., *Trattato del contratto*, I rimedi-2, a cura di Vicenzo Roppo, Milano, 2006.

DELLA CHIESA, Michele. Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa. *I contratti*, 6/2009, p. 547-565.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. São Paulo: Renovar, 1986.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996, v. 2.

DI MAJO, Adolfo. Il linguaggio dei rimedi. *Europa e diritto privato*, 2005, p. 347 e ss.

_____. *La tutela civile dei diritti*. Milano: 2003.

_____. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009.

_____. Tutela (diritto privato). *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992.

DUARTE, Adriana Dardengo. *A quebra do contrato por repúdio antecipado no direito brasileiro*: proposta de aplicação de uma teoria. 2006. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

FABIAN, Christoph. *Direito de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: _____ (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria crítica do direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. Prefácio à obra de CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNÁNDEZ, Luis F. P. Leiva. *Derecho de Retención*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

FERRANDO, Gilda. I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative. *Contratto e impresa*, v. 16, n. 1, Padova, Cedam, 2000.

FERRARA SANTAMARIA. *La giustizia privata*, Napoli, 1937.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FONTANELLA, Marta. Imputabilità dell'inadempimento e clausole risolutiva espressa. *I Contratti*, n. 11, 2007.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, jul./set. 2004.

FREITAS, Newton de. *Judiciário e economia*. Disponível em: <http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=245>. Acesso em: 31 jan. 2011.

FRÍAS, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. IV. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *A exceção do contrato não cumprido*. 2006. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Função social no direito civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCEZ NETO, Martinho. Contrato. In: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XII, Rio de Janeiro, Borsoi, [s.d.].

GERI, Lina Bigliazzi. Autotutela: II) Diritto civile. *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, 1988.

_____. *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, Giuffrè, 1071.

GIFFONI, Adriana de Oliveira. As cláusulas "cross default" em contratos financeiros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 121, São Paulo, Malheiros, jan./mar. 2001.

GIORGIANNI, Michele. Diritti reali (dir. civ.). *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, 1960.

_____. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, jan. 1988.

_____. Obbligazione (Diritto Privato). *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, 1957.

_____. Inadempimento. *Enciclopedia del diritto,* XX, Milano, 1970.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil*. Londrina: Ed. Humanidades, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Direitos reais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____ e VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUARNERI, Attilio. *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*. Padova: 1979.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. Exercício arbitrário das próprias razões. In: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XXII, Rio de Janeiro, Borsoi, [s.d.].

HABERMAS, Jürgen. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa. Napoli: Guerini, 1996.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

IORIO, Giovanni. Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. *Rivista di diritto civile*, Padova, n. 6, novembre-dicembre 2008.

IRTI, Natalino. Le incognite del diritto privato (prospettive sul diritto privato – introduzione). *Rivista di diritto civile*, XXVI, 1980, p. 2-4.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFGRS*, Edição Especial Dr. *honoris causa*, v. I, n. 1, Porto Alegre, Nova Prova, mar. 2003.

KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

KHOURI, Paulo R. Roque A.. A exceção de contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no direito brasileiro. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 31, n. 94, p. 203-317, jun./2004.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 238 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo *et alii* (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 280-296.

LANDO, Ole e BEALE, Hugh. *Principles of European Contract Law.* The Hague: Kluwer Law International, 2000.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, out./dez. 2001.

LEITE FILHO, Fábio. Direito de retenção no novo código civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4035>. Acesso em: 22 jul. 2010.

LENER, Giorgio. *Profili del collegamento negoziale.* Milano: Giuffrè, 1999.

LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela.* Milano: Giuffrè, 1996.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. A Onerosidade excessiva nos contratos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 159, Rio de Janeiro, jan./mar. 1985.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil anotado.* Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto *et alii* (Coord.). *A teoria do contrato e o novo código civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao código civil: parte especial.* Das várias espécies de contratos. São Paulo: Saraiva, 2003, v. VII.

_____ (coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente* – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUNDMARK, T. *Common Law Ton and Contract*. Mùnster, 1998.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Dos direitos reais à teoria dos bens*: a distinção funcional dos direitos patrimoniais. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Revista Cidadania e Justiça*, Ano 03, n. 6, Rio de Janeiro, AMB, 1º semestre de 1999, p. 237-248.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato.* São Paulo: RT, 2007, p. 17-86.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et alii*. *Direito e neoliberalismo.* Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARTINEZ, Pedro Nuno Tavares Romano e Soares. *Cumprimento defeituoso*: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 1994.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 391, p. 159-188, mai./jun. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 25.

_____. *Comentários ao novo Código Civil.* Inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, t. II.

_____. Adimplemento e inadimplemento. Palestra proferida no Seminário realizado em 08 maio 2002. *Anais do "Emerj Debate o Novo Código Civil"*, p. 95-113, 2003.

MATTEI, Ugo. Il diritto soggettivo. *Trattato Sacco*, Torino, 2001, t. 2.

MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil* – estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZANTI, Manlio. Exercizio arbitrario delle proprie ragioni. *Enciclopedia del diritto,* XV, Milano, 1966.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. As reformas do CPC e o projeto de novo Código. Revista *Pela Ordem*, OAB MG, mai./jun. 2010, p. 32.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações.* 5. ed. Coimbra, Almedina, 2006, v. 1.

MEZZANOTE, Luisa. *Il diritto di ritenzione*: dall'autotutela alla pena privata. Napoli: ESI, 1995.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. 2005. *Danos extrapatrimoniais na responsabilidade civil contratual*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 309, Rio de Janeiro, Forense, jan./mar. 1990.

_____. In: BITTAR, Carlos Alberto Bittar *et alii* (org.). *A lei do inquilinato comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 1992.

_____. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil,* n. 21, Rio de Janeiro, Padma, jan./mar. 2005.

_____. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

_____. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MURARO, Giovanni. L'inadempimento prima del termine. *Rivista di diritto civile*, Padova, ano XXI, 1ª parte, 1975.

MUTARELLI. Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa. *Rivista del diritto civile*, 1978, II, p. 258 e ss..

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado.* 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* São Paulo: RT, 2007.

PAGLIANTINI, Stefano. *La risoluzione dei contratti di durata*. Milano: Giuffrè, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. II.

_____. *Instituições de direito civil.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. III.

_____. *Instituições de direito civil.* 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. IV.

PEREIRA, Maria de Lurdes e MÚRIAS, Pedro. Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento. *Revista de direito e estudos sociais*, XLIX - XXII da 2.ª Série, n.ºs 1-4, 2008, p. 187-239.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti.* Napoli: ESI, 2006, t. 1.

_____. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni.* Napoli: ESI, 2004.

_____. *Manuale di diritto civile.* Napoli: ESI, 2005.

_____. Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. In: *Commentario del Codice Civile*. Bologna: Zanichelli, 1975.

_____. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*: Rio de Janeiro, n. 6/7, 1998/1999.

_____. *Perfis do direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Profili istituzionali del diritto civile*. Napoli, 1979.

_____. Recenti prospettive nel diritto delle obligazioni. *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*. Napoli: ESI, 1990.

_____. Economia e diritto. In: _____. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*. Napoli: ESI, 2003.

_____. Mercato, solidarietà e diritti umani. *Rassegna di diritto civile*, 1/1995, p. 85-117.

_____. PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, n. 3, p. 131-152, out./dez. 2002.

_____ e FEMIA, Pasquale. *Nozione introduttive e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: ESI, 2000.

PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d' inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955.

PETRONE, Marina. *La compesazione tra autotutela e autonomia.* Milano: Giuffrè, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*, fev. 2003. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf >. Acesso em: 31.01.2011.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, p. 121 a 143, ago/dez 2000.

POLCINI, Tartaglia. *Modelli arbitrali fra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*. Napoli: ESI, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, t. XX. Rio de Janeiro: Borsoi.

_____. *Tratado de direito privado*, t. XXII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

_____. *Tratado de direito privado*, t. XXV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. *Tratado de direito privado*, t. XXVI. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* 4. ed. São Paulo: RT, 2006, v. 4.

PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada.* Coimbra: Almedina, 1988.

PUTORTÌ, Vicenzo. *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*. Milano: Giuffrè, 2008.

RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. Trad. Matta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990.

RAPAZZO, Antonio. *L'autotutela della parte nel contratto.* Padova: Cedam, 1999.

REALE, Miguel. *Questões de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 1997.

REALMONTE. Eccezione di inadempimento. *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965.

RESCIGNO, Pietro. Obbligazioni (nozioni generali). *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato.* Coimbra: Almedina, 1999.

RODRIGUES, Ruben Venegas. *El Derecho de Retención*. Santiago: Ed. Nascimento, 1940.

ROMANO, Geremia. *Interessi del debitore e adempimento*. Napoli: ESI, 1995.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005.

ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*, n. 866, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 23-47, dez. 2007.

ROSSELLO, Carlo. Sull'onere dei creditore di ridurre le conseguenze dell'inadempimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1983, ano XXXVII, vols. 3-4, p. 1.168.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovsky. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et alii* (org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 127-154.

SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio. *Il contratto.* 3. ed. Torino, UTET, 2004, t. 2.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, no prelo.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SATURNO, Angelo. *L'autotutela privata*. Napoli: ESI, 1995.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 32, out./dez. 2007.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SEFER, Tiago Nasser. *O adicional do risco judiciário e seu custo econômico.* Disponível em: <http://www.iders.org/textos>. Acesso em: 31 jan. 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais:* exceção de contrato não cumprido *(exceptio non adimpleti contractus).* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

_____. Curso de direito civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. III.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142-144.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2007.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

_____. *Das várias espécies de contratos.* In: *Comentários ao novo código civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III.

SPALLAROSSA, Maria Rosa. Importanza dell'inadempimento e grave violazione della buona fede. In: *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Padova: Cedam, 1998.

STANZIONE, Pasquale. *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino-Napoli: 1975.

_____. Rapporto giuridico (Diritto civile). *Studi di diritto civile.* Napoli: 1986.

STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Trad. Giovanni Varanese. Napoli: ESI, 2001.

TARTUCE, Flávio. A boa-fé e a mitigação do prejuízo pelo credor – esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em:

<www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc>. Acesso em: 20 maio 2010.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TAVARES, Willie Cunha Mendes. *A aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos conexos*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autonomia corporal: liberdade de decidir sobre a própria saúde*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. Direito subjetivo – I. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 28, São Paulo, Saraiva, 1977.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ *et alii*. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I.

_____ *et alii*. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al* (coord.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Questões controvertidas em tema de arbitragem na experiência brasileira. In: _____. *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, tomo III.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al* (coord.). *A constitucionalização do direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. As Relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*: Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

_____ e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: _____ (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

_____ e SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado*: direito das obrigações. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, v. IV.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERRÉ, François *et alii*. *Droit civil*: les obligations. 9. ed. Paris: Dalloz, 2005.

TREITEL, Guenter Heinz. *Remedies for breach of contract* – a comparative account. Oxford: Clarendon Press, 1991.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Milano, 1981.

_____. Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale. *Rivista di diritto civile*, maggio-giugno 2008, p. 341-359.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. I.

_____. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, v. II.

VARGAS, Daniela Trejos. O princípio da publicidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VETTORI, Giuseppe (a cura di). *Remedies in Contract*: Padova, Cedam, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85.

VILLELA, João Baptista Villela. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 74, jan./mar. 1978.

_____. *Sanção por inadimplemento contratual antecipado.* Subsídios para uma teoria intersistemática das obrigações. Belo Horizonte: [s.n.], 1966.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.