



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Aline de Miranda Valverde Terra

**Cláusula resolutiva expressa:
regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação**

Rio de Janeiro

2015

Aline de Miranda Valverde Terra

**Cláusula resolutiva expressa:
regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação**

Tese apresentada, como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor, ao
Programa de Pós-Graduação em Direito, da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Área de concentração: Pensamento Jurídico
e Relações Sociais. Linha de pesquisa:
Direito civil

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2015

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

T323 Terra, Aline de Miranda Valverde.

Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação / Aline de Miranda Valverde Terra. – 2016.
247 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino.
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos – Teses. 2. Resolução (Direito civil) – Teses. 3. Autonomia privada – Teses. I. Tepedino, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

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

Assinatura

Data

Aline de Miranda Valverde Terra

**Cláusula resolutiva expressa:
regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito civil

Aprovada em 16 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. José Roberto de Castro Neves

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Sérgio Negri

Universidade Federal de Juiz de Fora

Rio de Janeiro

2015

RESUMO

TERRA, A. M. V. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*. 2015. 247 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

A tese objetiva identificar, sob perspectiva funcional, o regime jurídico da cláusula resolutiva expressa e traçar os parâmetros para sua fixação. Inicialmente, divisa-se o fundamento do instituto na autonomia privada, o que permite ampliar seu âmbito de incidência para além dos contratos bilaterais e reconhecer-lhe novas funções, como a gestão de riscos contratuais e a autotutela. Ressalta-se, todavia, que a liberdade dos contratantes na elaboração do conteúdo da cláusula não é absoluta; a obrigação nela incluída deve ser essencial, e o risco há de ser capaz de conduzir à impossibilidade ou inutilidade da prestação para o credor. Passa-se, a seguir, a analisar os pressupostos necessários para que se opere a resolução, a saber: inadimplemento absoluto do contrato ou superveniência do risco; credor não inadimplente e declaração pela qual o credor manifesta sua decisão de resolver a relação. Presentes os pressupostos, resolve-se o vínculo obrigacional. A essa altura, ratifica-se o processamento extrajudicial da resolução, ainda que haja necessidade de o credor recorrer ao Poder Judiciário para obter seus efeitos materiais. Examinam-se os efeitos liberatório, restitutivo e ressarcitório, com foco na identificação da extensão de cada um deles. Por fim, encerra-se a tese sistematizando os parâmetros identificados ao longo do estudo pelos quais deve se pautar o magistrado ao examinar a cláusula resolutiva expressa.

Palavras-chave: Autonomia privada. Cláusula resolutiva expressa. Contrato. Inadimplemento. Resolução.

SINTESI

TERRA, A.M.V. *Clausola risolutiva espressa: regime giuridico e parametri funzionali per fissarlo*. 2015. 247 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

La tesi ha l'obiettivo di identificare, sotto prospettiva funzionale, il regime giuridico della clausola risolutiva espressa, e parametri per fissarlo. Inizialmente si identifica il fondamento dell'istituto nell'autonomia privata, il che permette di ampliarne l'ambito di incidenza oltre i contratti bilaterali e le attribuisce nuove funzioni, come la gestione dei rischi contrattuali e l'autotutela. Si rileva tuttavia che la libertà dei contrattanti nell'elaborazione della clausola risolutiva espressa non è assoluta; l'obbligazione che vi è inclusa deve essere essenziale, ed il rischio dev'esser tale da condurre all'impossibilità o inutilità della prestazione per il creditore. Si passa quindi all'analisi dei presupposti necessari affinché si operi la risoluzione, cioè: inadempimento assoluto del contratto o rischio sopravvenuto; creditore non inadempiente e dichiarazione del creditore che manifesta la sua decisione di risolvere la relazione. Presenti tali presupposti, si risolve il vincolo obbligazionario. A questo punto, si ratifica la conclusione extragiudiziale della risoluzione, anche nel caso in cui persista per il creditore la necessità di ricorrere al Potere Giudiziario per ottenere gli effetti materiali della risoluzione. L'effetto liberatorio, restitutorio e risarcitorio vengono brevemente esaminati, con foco sulla determinazione dell'estensione di ciascuno di essi. Infine, la tesi si chiude sistematizzando i parametri identificati nel corso dello studio, sui quali il magistrato si deve basare nell'esame della clausola risolutiva.

Parole chiave: Autonomia privata. Clausola risolutiva espressa. Contratto. Inadempimento. Risoluzione.

ABSTRACT

TERRA, A.M.V. *Express resolutive clauses: the legal regime governing the clauses and its functional parameters*. 2015. 247 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This dissertation seeks to identify and describe, under functional perspective, the law governing express resolutive clauses (clause that give rise to the dissolution of the contract) and its parameters. The author first examines the resolutive clause's foundations in freedom to contract and private enterprise, concluding that the clause's scope of application extends beyond the domain of bilateral contracts, giving the clause new functions, such as management of contractual risks and as a self-help mechanism for protection of rights. At the same time, the parties' freedom in establishing the terms of a resolutive clause is not absolute: the obligation contemplated by the clause must be essential to the contract, and the risk must be such that it could make the obligation impossible to perform, or render performance useless to the creditor of the obligation. The author then analyzes the requirements that must be met to trigger resolution: one party's absolute failure to perform the contract or the occurrence of a supervening risk; the invoking party's compliance with its own obligations and a declaration by which the invoking party expresses its intention to dissolve the contractual relationship. If these requirements are met, the relationship is dissolved. At this stage, the contract has been terminated non-judicially, even if the invoking party must later resort to the courts to obtain the material effects of the dissolution. The author briefly examines the effects of the exercise of the resolutive clause: release of the parties' obligations, restitution of the parties to the status quo ante, and reparation of loss. The dissertation concludes with a systematic summary of the standards and criteria identified in the course of the study, which the courts should follow when called upon to examine express resolutive clauses.

Keywords: Private autonomy. Contract. Express resolutive clauses. Breach of contract. Termination.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	A AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA.....	14
1.1	O ato de autonomia privada: da estrutura à função	14
1.2	Identificação do correto fundamento da resolução e a consequente expansão do âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além do contrato bilateral	32
1.3	As funções da cláusula resolutiva expressa: gestão de riscos contratuais e autotutela	46
1.4	Cláusula resolutiva expressa, cláusula resolutiva tácita, pacto comissório e condição resolutiva: um cotejo necessário.....	54
1.5	O legítimo exercício da autonomia privada na confecção da cláusula resolutiva expressa.....	69
1.5.1	<u>A obrigação submetida à cláusula resolutiva expressa</u>	<u>71</u>
1.5.2	<u>Eventos ordinariamente abarcados pela teoria do risco</u>	<u>82</u>
2	PRESSUPOSTOS PARA A RESOLUÇÃO FACULTADA PELA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA	94
2.1	Ocorrência do suporte fático expressamente previsto na cláusula resolutiva expressa.....	95
2.1.1	<u>A contemporânea teoria do inadimplemento</u>	<u>96</u>
2.1.2	<u>A inexecução da obrigação essencial e a superveniência do risco constante da cláusula resolutiva expressa.....</u>	<u>114</u>
2.2	Credor não inadimplente	128
2.3	Exercício do direito potestativo de optar entre a resolução e a execução pelo equivalente	134
2.3.1	<u>Declaração dirigida à resolução e desnecessidade de constituição em mora do devedor</u>	<u>150</u>
2.4	O exercício abusivo da resolução.....	158
3	EFEITOS DA RESOLUÇÃO FACULTADA PELA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA	166

3.1	Resolução extrajudicial da relação obrigacional.....	166
3.1.1	<u>Efeitos da resolução</u>	177
3.1.1.1	Efeito liberatório.....	178
3.1.1.2	Efeito restitutivo.....	182
3.1.1.2.1	Efeitos restitutivo em relação a terceiros	195
3.1.1.3	Efeito ressarcitório.....	200
3.2	Resolução extrajudicial e execução do contrato pelo equivalente: distinções relevantes	206
3.3	A análise judicial da cláusula resolutiva expressa.....	208
	CONCLUSÃO	217
	BIBLIOGRAFIA	226

INTRODUÇÃO

A relação obrigacional encerra indispensável fenômeno de colaboração econômica, constituída por vínculo transitório orientado à satisfação do concreto interesse das partes.

Por vezes, todavia, alguma intercorrência impede o desfecho perseguido pelos sujeitos do negócio, e não se realiza a prestação satisfativa, consubstanciada no comportamento do devedor que executa, a um só tempo, o dever principal de prestação e todos os demais deveres secundários e de conduta que se façam instrumentalmente necessários para a consecução do resultado útil programado. Diante dessa possibilidade, sempre presente em qualquer relação obrigacional, podem as partes incluir no contrato instrumentos destinados a proteger o credor do indesejado desenlace contratual, dentre os quais a cláusula resolutiva expressa assume destacada relevância.

Fruto da autonomia privada dos contratantes, que ajustam, livre e conscientemente, sua inclusão no contrato, a cláusula resolutiva expressa permite ao credor desvincular-se de relação jurídica disfuncionalizada, incapaz de cumprir o programa negocial traçado pelas partes, de forma célere, mediante simples declaração receptícia de vontade. Revela-se, assim, aquela que é, sem sobra de dúvidas, a extraordinária vantagem da cláusula resolutiva expressa em comparação com sua congênere – a cláusula resolutiva tácita: a possibilidade de resolver a relação obrigacional extrajudicialmente, sem que tenha, o credor, que se socorrer do Poder Judiciário.

No Brasil, a cláusula resolutiva expressa mereceu tratamento legislativo tímido, incompatível, certamente, com sua relevância no âmbito das relações contratuais, sobretudo aquelas paritárias. Há apenas dois dispositivos no Código Civil dedicados ao tema, que, todavia, sequer o abordam com exclusividade: o artigo 474, segundo o qual "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial"; e o artigo 475, que determina que "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

A economia legislativa, acompanhada de abordagem meramente estrutural da cláusula pela doutrina – que, a rigor, pouco se ocupou da matéria –, tem suscitado

diversas controvérsias a respeito do tema, que vão desde a fase inicial de elaboração do seu conteúdo, até o momento final de produção de seus efeitos. Evidentemente, como não podia deixar de ser, a falta de sistematização de disciplina própria e coesa, identificada a partir da função que o instituto deve desempenhar nas relações negociais, é responsável, em grande medida, pelas dificuldades enfrentadas por todos os aplicadores do direito ao lidar com o instituto.

É bem verdade que parte das impropriedades cometidas em relação à cláusula resolutiva expressa remonta às insuficiências e deficiências do regime anterior. O legislador de 1916, em flagrante atecnia, tratou da cláusula resolutiva expressa como se fora instituto equivalente à condição resolutiva, e a doutrina, já àquela época, também a equiparava, sob diversos aspectos, à cláusula resolutiva tácita, negando-lhe regime jurídico próprio. O resultado dessas inconveniências foi a atribuição, à cláusula resolutiva expressa, de disciplina anárquica, resultante da combinação aleatória de regras atinentes à condição resolutiva e à cláusula resolutiva tácita. A cláusula resolutiva expressa ganhou, dessa forma, disciplina híbrida, na qual se confundem institutos com estruturas e funções diversas.

No que tange à definição do conteúdo da cláusula, alguns são os problemas a enfrentar. Costuma-se apontar, em primeiro lugar, como seu único suporte fático possível o inadimplemento absoluto do devedor. Referida concepção, posto que largamente majoritária – e compatível com a cláusula resolutiva tácita –, está calcada em análise estrutural do instituto, que promove abordagem míope, excessivamente reducionista em face de todas as possibilidades que uma análise funcional é capaz de oferecer. Parece aceitável admitir, ao lado do inadimplemento absoluto, outros riscos como possíveis suportes fáticos da cláusula, desde que sua concretização conduza à frustração da função econômico-individual do contrato.

A escalada da complexidade dos arranjos obrigacionais, somada ao crescente incremento dos riscos a que os contratantes estão sujeitos, impacta decisivamente na regulamentação, sempre mais detalhada, dos interesses dos contratantes. Abre-se, assim, à autonomia privada amplo espectro de atuação, sendo-lhe franqueado lançar mão de todos os mecanismos oferecidos pelo ordenamento jurídico para minorar os riscos a que os atores negociais estão expostos. E a cláusula resolutiva expressa mostra-se apropriada a tal propósito.

Ainda no âmbito da redação da cláusula, diverge-se a respeito dos limites da autonomia privada na identificação da obrigação que nela pode figurar. A ausência

de parâmetros legais enseja a formação de orientações díspares: encontram-se autores que concedem total liberdade às partes, que poderiam fazer dela constar qualquer obrigação que lhes aprouvesse, enquanto outros admitem o controle do exercício da autonomia privada, exigindo que os contratantes se atenham às obrigações essenciais à realização do programa negocial.

No que tange aos pressupostos para a execução da cláusula, tampouco há consensos. A própria configuração do inadimplemento é motivo de infundáveis discussões, dentre as quais a mais dramática consiste em saber se qualquer inexecução da obrigação constante da cláusula é suficiente para configurar o inadimplemento absoluto ou se, ao contrário, referido descumprimento há de lesar gravemente o interesse do credor na prestação.

No entanto, talvez um dos maiores problemas do instituto em exame esteja no seu principal efeito: o processamento extrajudicial da resolução, por ato exclusivo do credor. Apesar da dicção clara do artigo 474 do Código Civil, encontram-se diversas decisões judiciais, sobretudo no âmbito de promessas de compra e venda – inclusive celebradas entre partes paritárias – que negam peremptoriamente essa possibilidade, que parece ser da essência da cláusula resolutiva expressa, e exigem manifestação judicial.

Como se vê, paradoxalmente, a cláusula resolutiva expressa, embora ontologicamente voltada para a promoção de segurança jurídica, tem sido fonte inesgotável de dúvidas e incertezas, a gerar indesejável instabilidade nas relações negociais, em decorrência, sobretudo, da ausência de regime jurídico próprio, calcado na função que o instituto deve desempenhar, capaz de oferecer ao intérprete as diretrizes para sua aplicação.

Pretende-se, portanto, a partir da análise funcional da cláusula resolutiva expressa, identificar seu respectivo regime jurídico, apontando os parâmetros para o exercício legítimo da autonomia privada na definição do seu conteúdo, investigando os pressupostos para a resolução por ela facultada, e divisando os efeitos que dela decorem, com atenção especial para o processamento extrajudicial da resolução.

Apenas a abordagem funcional é capaz de reconhecer a independência dogmática da cláusula resolutiva expressa e lhe devolver os papéis que há muito têm sido negados: primeiro, o de auto-regulamentar os riscos decorrentes do inadimplemento absoluto e de demais eventos incertos, relevantes para a consecução da função econômico-individual do contrato; e, segundo, o de atribuir

autoexecutoriedade à resolução, independentemente de pronunciamento do Estado-juiz. Para alcançar o escopo pretendido, divide-se a presente tese em três capítulos.

No primeiro, situa-se a cláusula resolutiva expressa no ordenamento jurídico brasileiro, fincando-se as principais bases teóricas para o desenvolvimento deste estudo. Para tanto, identifica-se seu fundamento e seu âmbito de incidência. Em seguida, apontam-se as funções da cláusula resolutiva expressa, a fim de averiguar se é possível atribuir-lhe a função de gestão de riscos contratuais diversos do inadimplemento absoluto, assim como a de autotutela do interesse das partes. Proceda-se, ainda, à imprescindível distinção entre a cláusula resolutiva expressa, e a cláusula resolutiva tácita, o pacto comissório e a condição resolutiva, com o objetivo de corroborar a independência dogmática do instituto em exame.

O primeiro capítulo se encerra com a análise da estrutura da cláusula resolutiva expressa e dos parâmetros funcionais para a aferição do merecimento de tutela da autonomia privada na delimitação de seu conteúdo. Busca-se identificar, dessa forma, os possíveis suportes fáticos da cláusula, apurando o que é consentido à autonomia privada incluir como evento necessário e suficiente para sua execução. A rigor, a discussão proposta revela um aspecto de outro debate mais amplo, cada vez mais presente nos diálogos acadêmicos: o conflito entre liberdade e dirigismo contratual, ou, dito de outro modo, os atuais confins da autonomia privada e seu merecimento de tutela.

O segundo capítulo é dedicado à execução da cláusula resolutiva. Investigam-se os pressupostos necessários para que se opere efetivamente a resolução, a saber: a) a configuração do inadimplemento absoluto da prestação a partir da violação da obrigação inserida na cláusula, ou o implemento do risco contemplado em seu suporte fático; b) a não inadimplência do credor; e c) o exercício do direito potestativo do credor de optar entre a resolução ou a execução pelo equivalente, que se opera por meio de declaração receptícia de vontade.

Nesse capítulo, além de se esmiuçar os pressupostos para a atuação da cláusula, passa-se em revista a teoria do inadimplemento, investigando-se se sua classificação dicotômica é capaz de abarcar todas as possíveis inexecuções imputáveis da relação obrigacional. Procura-se esclarecer, por meio de interpretação sistemática do artigo 475 do Código Civil, as alternativas conferidas ao credor diante do inadimplemento absoluto, com o escopo de aferir se a ele se faculta realmente optar, como se afirma, entre a execução específica e a resolução da relação

obrigacional. Encerra-se esta parte da tese com o exame do exercício abusivo do direito de resolver, sede própria para investigar se a resolução em presença de adimplemento substancial se qualifica, de fato, como abuso do direito de resolver ou se, por outro lado, corresponde ao exercício de um não direito, hipótese em que não se chegaria sequer a nascer o direito de resolver o vínculo obrigacional por ausência de um de seus pressupostos: o inadimplemento absoluto.

Por fim, no terceiro capítulo perquirem-se os efeitos da cláusula resolutiva expressa. A essa altura, três são as questões que assumem maior vulto: a) a ratificação de que a resolução promovida pela cláusula se processa extrajudicialmente, a dispensar qualquer intervenção judicial; b) a distinção dos efeitos da resolução; e c) a sistematização dos parâmetros, identificados ao longo da tese, norteadores da análise da cláusula pelo Poder Judiciário.

Busca-se, por conseguinte, neste capítulo derradeiro, reafirmar o papel secundário do Poder Judiciário na produção dos efeitos do instituto, que será chamado a atuar de forma pontual em relação a certos efeitos materiais da resolução. Não se afasta, evidentemente, a possibilidade de o devedor, diante de possível irregularidade relativa ao próprio conteúdo da cláusula ou de resolução levada a cabo sem a presença dos pressupostos autorizadores, socorrer-se do Estado-juiz. Nesse caso, contudo, ao proceder à análise requerida, deve o magistrado, em homenagem à autonomia privada, ser autocontido na avaliação da disciplina contratual, a fim de não comprometer o próprio equilíbrio do negócio.

Uma última advertência se impõe: esta tese pretende investigar a cláusula resolutiva expressa no âmbito de relações paritárias. Não se cuida, portanto, de contratos de adesão e tampouco de relações de consumo. Eventualmente, tangencia-se o tema por ocasião da análise jurisprudencial referente ao exercício extrajudicial da resolução. No entanto, mesmo nesses casos, procura-se trazer à colação decisões que abordem aspectos da cláusula resolutiva expressa a respeito dos quais não haja interferência das regras relativas ao regime jurídico específico daquelas relações. A delimitação do objeto da pesquisa se faz necessária em razão das particularidades da disciplina dos contratos de consumo e de adesão, passíveis de excepcionar a regular disciplina da cláusula resolutiva expressa.

As dificuldades suscitadas pelo tema da cláusula resolutiva expressa indicam um amplo campo de investigação jurídica por explorar, sobretudo considerando-se a abordagem funcional que ora se propõe. A importância prática do estudo em

questão é manifesta, tanto mais diante da necessidade de se oferecer ao intérprete balizas para a aplicação do instituto. O tema é, como se vê, repleto de controvérsias e questões não resolvidas, a merecer análise específica. É a que se dedica esta tese.

1 A AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA

1.1 O ato de autonomia privada: da estrutura à função

Observa-se, na ordem contratual contemporânea, crítica cada vez mais contundente à centralidade da vontade individual como único elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória dos contratos. A autonomia privada, concebida outrora como a possibilidade de as partes se obrigarem como, quando e com quem quisessem, adquire novos contornos diante da contemporânea principiologia constitucional.

No modelo liberal clássico, o direito, confiando no jogo livre das vontades individuais, abdicava de intervir nos clausulados negociais, sob pena de ser acusado de restringir indevidamente a autonomia privada. A ordem jurídica se limitava, por conseguinte, a conferir a legalidade formal do ato de autonomia e sua correspondência à vontade das partes, mantendo-se indiferente à justeza material dos arranjos de interesses.

A passagem para o Estado Social de Direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito à pessoa e à promoção de sua dignidade, altera, de modo significativo, a atuação estatal. Reconhece-se que, em sociedades desiguais, é a intervenção do poder público que garante e promove a liberdade da pessoa humana.

A autonomia privada deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes, como o são, a rigor, na esteira do que propugna a metodologia do direito civil-constitucional, todos os institutos jurídicos.¹ Afinal, "*volere*

¹ A metodologia do direito civil-constitucional, com base na qual se desenvolve esta tese, está alicerçada sobre sólidas bases, a saber:

a) unidade do ordenamento jurídico, garantida pela força normativa da Constituição. O direito se caracteriza pela incompletude e provisoriade do conhecimento científico (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.104 et seq.), pela mutabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica, bem como pela pluralidade de fontes normativas – dentre as quais se inserem, inclusive, vetores culturais da sociedade –, o que, todavia, não implica a perda do fundamento unitário do ordenamento (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4.ed.

non è potere, in un ordinamento nel quale il potere è disciplinato e regolato; il volere non è potere e il potere è atribuito dal diritto e non soltanto dalla volontà delle parti".²

É sempre necessário verificar se o ato de autonomia é lícito e merecedor de tutela,

rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1. p.1-23). A harmonização das fontes se opera de acordo com a Constituição, que recompõe o ordenamento, conferindo-lhe a natureza de sistema. A força normativa da Constituição garante, ao lado da complexidade, a unidade do ordenamento (PERLINGIERI, Pietro. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.1/5, p.192, 2005);

c) unidade do processo de interpretação e qualificação dos fatos, que encerram aspectos de um processo cognitivo unitário, voltado para a reconstrução do que ocorreu no mundo dos fatos sob perspectiva dinâmica, com o objetivo de construir a disciplina "que o ordenamento globalmente considerado dá à exigência de tutela que o fato manifesta, exigência portadora de uma sua específica irrepetibilidade" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.651. No mesmo sentido: KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, v.406, p.64-65, 2009).

d) imprescindibilidade do caso concreto para a identificação da norma, já que apenas cotejando-se suas especificidades com o ordenamento jurídico unitária e sistematicamente considerado, identifica-se a disciplina legal aplicável ao real conflito de interesses, vale dizer, o ordenamento jurídico do caso concreto (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p.16);

e) superação do processo silogístico conhecido como subsunção, que pressupõe dualidade – inexistente – entre norma jurídica (premissa maior) e fato (premissa menor), tendente a reduzir a atividade do intérprete a uma tarefa estéril de aplicação automática dos princípios jurídicos (HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2.ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998. p.191). A norma jurídica aplicável resulta, ao contrário, da ponderação de todo o ordenamento jurídico a partir do caso concreto: para sua individuação, o intérprete há que ter em conta todo o arcabouço legislativo posto e as especificidades dos fatos de sua hipótese real – situação econômica dos sujeitos, sua formação cultural, circunstâncias do conflito etc. Vale dizer, cotejando as peculiaridades do caso concreto com as diversas fontes normativas, unificadas pela Constituição da República, extrai-se um ordenamento jurídico "sob medida", aplicável exclusivamente à específica situação fática (PERLINGIERI, Pietro. *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.1/5, p.196, 2005);

f) superação da *summa divisio* do direito público e do direito privado (GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.747, p.44, jan. 1988). Se outrora se tratava de ramos do direito que sequer se tangenciavam, cada qual encastelado em seus princípios e valores próprios, contemporaneamente há inevitável interpenetração, a significar profunda transformação nas relações entre cidadão e Estado. Alteram-se, dessa forma, os confins entre direito público e direito privado, de modo que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser apenas quantitativa, baseada, portanto, na prevalência, não já na exclusividade, do interesse público ou do interesse privado (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1. p.20). Por outro lado, identifica-se a nova *summa divisio*, sob a perspectiva da metodologia civil-constitucional, na distinção entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais. Esse processo, que conduz à despatrimonialização do direito civil, importa na atribuição de tutela prioritária às situações jurídicas existenciais, a cuja realização as situações patrimoniais são instrumentalizadas (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. p.11-12).

² PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 173. Em tradução livre: "Querer não é poder, em um ordenamento jurídico no qual o poder é disciplinado e regulado; o querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não pela vontade das partes".

conforme, portanto, aos princípios constitucionais.³ Não há liberdade dissociada de outros valores incidentes na construção da noção de autonomia dos particulares.

Definida por Luigi Ferri como o poder, atribuído pela lei aos particulares, de criar direito, de estabelecer normas jurídicas,⁴ a autonomia *privada* é classificada a partir dos meios pelos quais se expressa: daí falar-se em autonomia *negocial* e autonomia *contratual*.⁵ A primeira designa as situações em que a autonomia se dirige à realização de negócios jurídicos; a segunda, por sua vez, se refere às hipóteses em que aquele poder se volta à realização de específico negócio jurídico bilateral ou plurilateral de conteúdo patrimonial: o contrato.⁶ A autonomia negocial, mais abrangente do que a contratual, serve não só à concretização de negócios unilaterais, mas também, e sobretudo, à proteção de negócios não patrimoniais, ou existenciais.⁷

A heterogeneidade dos interesses implicados em cada ato de autonomia impede a identificação de disciplina única e, consequentemente, a configuração de categoria abstrata que englobe todos os atos de autonomia privada.⁸ Ao contrário, trata-se a autonomia privada de categoria que se qualifica quando se concretiza na relação jurídica, a merecer tutela se e enquanto, em seu concreto exercício,⁹ "*sia rappresentabile quale attuazione dell'ordine giuridico dei valori*".¹⁰ A autonomia privada ganha, dessa forma, um predicado, identificado em italiano pela expressão "*meritevole*",

³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.343.

⁴ FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p.36.

⁵ É como distingue Pietro Perlingieri, que afirma: "*Una classificazione dell'autonomia 'privata' è fondata sui mezzi con i quali essa si esplica. Si discorre così di autonomia 'negoziale' e di autonomia 'contrattuale', muovendo dalla relazione di genere a specie che vincola, rispettivamente, il negozio (genus) al contratto (specie)*" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.340). Em tradução livre: "Uma classificação da autonomia 'privada' baseia-se nos meios pelos quais ela se aplica. Fala-se, assim, de autonomia 'negocial' e de autonomia 'contratual', partindo da relação de gênero para a espécie que vincula, respectivamente, o negócio (*genus*) ao contrato (espécie)". O mesmo autor subdivide a própria categoria "autonomia contratual", tradicionalmente "monolítica", com base na natureza dos sujeitos em ação (p.346).

⁶ Ibid., p.340.

⁷ Na definição de Pietro Perlingieri, a autonomia negocial é "*il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi privati o pubblici, comunque non necessariamente propri*" (Ibid., p.341). Em tradução livre: "é o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito, privado ou público, de regular com sua manifestação de vontade interesses públicos ou privados, embora não necessariamente próprios".

⁸ PRISCO, Nicola di. Gli itinerari dell'autonomia privata. In: *Il contratto*: Silloge in onore di Giorgio Oppo. Padova: CEDAM, 1992. v.1. p. 103.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. Autonomia privata e diritti di credito. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.29.

a significar que será tutelado pelo ordenamento jurídico o ato de autonomia que atenda a uma função juridicamente relevante. A liberdade, em um ordenamento social e solidário, deve ser regulada, moldada pelos valores de fundo nos quais o ordenamento se inspira.¹¹ Cuida-se, em suma, de funcionalizar os institutos jurídicos.¹²

Posto isso, sujeita-se ato de autonomia a dupla ordem de controle: o controle de licitude e o de merecimento de tutela.¹³ O primeiro avalia se o ato concreto contraria as normas imperativas e os bons costumes. O segundo analisa a idoneidade do ato concreto para a efetiva promoção de valores fundamentais do ordenamento jurídico.¹⁴ O merecimento de tutela se reconduz à análise de justificação do ato a partir dos seus efeitos, não à avaliação estrutural, seara do juízo de licitude. Cuida-se, em síntese, da verificação da coerência dos efeitos perseguidos pelo ato de autonomia com os valores supremos da ordem jurídica: enquanto a inobservância das normas imperativas conduz a um déficit estrutural, o não atendimento aos valores fundamentais acarreta um déficit funcional do ato de autonomia.¹⁵

O conceito de *meritevolezza*, ao servir de controle axiológico da autonomia privada, permite ampliar os confins de sua atuação, valorando positivamente novos esquemas negociais que promovam funções jurídica e socialmente úteis, como destaca Mirzia Bianca:

Per concludere può ritenersi allora che la meritevolezza, in quanto specchio dei principi di un ordinamento, consente di superare il dettato di norme ordinarie di carattere generale, in quanto strumento che consente di allargare le maglie dell'autonomia privata. Nel dialogo mai sopito tra norme e principi, la meritevolezza consente di superare non solo, come ha evidenziato l'analisi giurisprudenziale, le strettoie della disciplina di un tipo negoziale, ma consente altresì, proprio in considerazione dei principi, di superare i limiti posti da norme

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. I mobili confini dell'autonomia privata. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: Problemi del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.16. Em tradução livre: "seja apresentável como atuação da ordem jurídica dos valores".

¹¹ Id. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.167.

¹² Id. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹³ Usa-se, neste estudo, a expressão "merecimento de tutela" para referir à análise funcional do ato, sem ignorar, todavia, a possível distinção entre abuso do direito e juízo de merecimento de tutela: o primeiro estaria ligado a juízo negativo, à violação da função atribuída pela ordem jurídica ao ato, enquanto o segundo encerraria juízo positivo, voltado a verificar a promoção de funções juridicamente relevantes.

¹⁴ Id. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.425.

¹⁵ Sobre a distinção, ver, por todos, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p.145-155.

*ordinarie, se la posta in gioco è la realizzazione di valori che in un dato momento storico sono ritenuti conformi all'assetto ordinamentale di una data società. Questa prospettiva della meritevolezza ne conferma la strumentalità rispetto al principio di autonomia negoziale.*¹⁶

A autonomia privada se afasta, assim, de conotações arbitrárias e voluntaristas, e assume feição solidarista, a ser exercida em conformidade com o princípio da solidariedade social.¹⁷ Não se está diante, evidentemente, de processo de erosão da autonomia privada, mas de readequação de seus contornos em razão da alteração qualitativa promovida pelos princípios constitucionais. Trata-se, em definitivo, da necessidade de conformação, em cada caso, dos atos de autonomia ao projeto constitucional.

Os chamados limites à autonomia privada não são apenas externos, como outrora, mas também internos, expressão direta do ato e do seu significado constitucional, a alterar substancialmente seu próprio conteúdo.¹⁸ Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar que a disciplina contratual ditada pelas partes encerra tão só o

¹⁶ BIANCA, Mirzia. Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n.1, p.812-813, 2011. Em tradução livre: "Para concluir, pode-se considerar, então, que o merecimento de tutela, como espelho dos princípios de um ordenamento, consente superar o ditado de normas ordinárias de caráter geral, como instrumento que consente ampliar as malhas da autonomia privada. No diálogo, nunca esgotado, entre normas e princípios, o merecimento de tutela oportuniza a suplantação, conforme evidenciou a análise jurisprudencial, não apenas das amarras da disciplina de um tipo negocial, mas também, exatamente em consideração aos princípios, dos limites postos pelas normas ordinárias, se o que estiver em jogo for a promoção de valores que, em certo momento histórico, são considerados conformes ao assentamento do ordenamento de determinada sociedade. Essa perspectiva do merecimento confirma sua instrumentalidade em relação ao princípio da autonomia negocial".

¹⁷ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, "tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regula-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição de direito civil: tendências. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.359). Na mesma direção, ensina Fábio Konder Comparato, que a solidariedade é "o fecho de abóbada do sistema de princípios éticos, pois complementa e aperfeiçoa a liberdade, a igualdade e a segurança. Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. Quanto à segurança, ela só pode realizar-se em sua plenitude quando cada qual zela pelo bem de todos e a sociedade pelo bem de cada um dos seus membros" (COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.577).

¹⁸ CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. p.189-190.

provisório regulamento de interesses, que se tornará definitivo na medida em que esteja de acordo com os ditames constitucionais. A coercibilidade das normas elaboradas pelos contratantes para reger suas condutas deixa de depender de forma exclusiva do acordo de vontades, e passa a se subordinar à sua conformidade às condições e aos limites em virtude dos quais este poder criador é concedido, e que decorrem diretamente da Constituição. Supera-se, dessa forma, o dogma da vontade, e inaugura-se o dogma da responsabilidade.¹⁹

Releva nesse processo de redefinição da autonomia privada, a boa-fé objetiva, desenvolvida na Alemanha sobretudo após a edição, em 1900, do *BGB*,^{20,21} com o propósito de corrigir os excessos da liberdade individual.²² Firmando-se como princípio de lealdade recíproca entre os contratantes, a boa-fé objetiva erige-se como obstáculo ao exercício da autonomia privada em violação "aos parâmetros de convivência e confiança mútuas que devem reger um ambiente negocial sadio",²³ ajustando, quando necessário, a disciplina contratual estabelecida pelas partes, de acordo com as especificidades da concreta relação negocial.²⁴ A boa-fé objetiva "concorre na criação da *regula iuris* do caso concreto"²⁵ mesmo no âmbito de relações paritárias, construindo a disciplina negocial

¹⁹ A conclusão é de BIANCA, Mirzia. Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n.1, p.795, 2011.

²⁰ Cuidam especialmente do tema os §§ 157 e 242 do *BGB*: § 157. "Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos bons costumes do tráfico"; e § 242. "O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico" (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.325).

²¹ Sobre o sentido inicial da boa-fé no *BGB* e sua posterior evolução, confira-se Menezes Cordeiro (Ibid., p.331 et seq.).

²² Embora, quando da edição do *BGB*, a utilização da boa-fé tenha ficado restrita aos exatos limites referidos nos §§ 157 e 242, a eclosão da Primeira Guerra Mundial levou os Tribunais alemães a aplicá-la de forma mais ampla, de modo a criar, sob o "guarda-chuva" do § 242, diversas regras que dele não constavam expressamente. O processo se intensificou com a Segunda Guerra Mundial: "again § 242 BGB was invoked, and today it is a 'king' of the BGB". De todo modo, "later the legislator codified some of the institutions which the courts had established, for instance hardship [...]" (LANDO, Ole. Is good faith an overarching general clause in the principles of European contract law? In: ANDENAS, Mads et al. *Liber amicorum Guido Alpa: private law beyond the national systems*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.603-604). Em tradução livre: "mais uma vez, o § 242 do *BGB* foi invocado, e hoje é o 'rei' do *BGB*". De todo modo, "mais tarde o legislador codificou alguns dos institutos que as cortes haviam estabelecido, como a cláusula de hardship [...]".

²³ SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.49-60. p.53.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.460.

²⁵ No original: "concorre a creare la regola iuris del caso concreto" (Ibid., p.461).

*non solo nel senso del completamento del regime lacunoso mediante l'identificazione di obblighi aggiuntivi, ma anche nel senso della modifica sostanziale del dictum originario, nel quadro di una rettifica destinata a garantire la concreta realizzazione degli obiettivi complessivamente prefigurati dai paciscenti.*²⁶

Cuida-se, em verdade, da concretização do princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transformando as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como o *locus* destinado à perseguição egoísta das satisfações individuais, em espaço de cooperação e solidariedade,²⁷ impondo aos contratantes que se empenhem em promover os interesses da contraparte, sem que isso importe, outrossim, em sacrifício de sua posição contratual de vantagem ou renúncia às situações de preponderância. No âmbito de relações paritárias, não caracterizadas pela vulnerabilidade, a boa-fé objetiva deve ser concebida nos seus exatos termos: "como princípio que exige lealdade e honestidade, impondo deveres de colaboração que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio celebrado".²⁸ Em qualquer relação contratual, as partes, inegavelmente, concorrem entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes, e a ordem jurídica não os impede de fazê-lo, afinal, referida postura é mesmo da essência das relações negociais. A boa-fé objetiva não se confunde, em definitivo, com atribuição de função abnegatória ou altruísta ao contrato.

Identificada a relevância da boa-fé objetiva como instrumento conformador da autonomia privada, largamente ratificada pela doutrina e jurisprudência, o desafio contemporâneo parece repousar na distinção de parâmetros, os mais diversos (porém específicos) possíveis, aplicáveis às variadas relações contratuais, que permitam ao

²⁶ SPADAFORA, Antonio. *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*: prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. p.212. Em tradução livre: "não somente no sentido de corrigir o regime lacunoso mediante a identificação das obrigações anexas, mas também no sentido de modificar substancialmente o *dictum* originário, no quadro de uma retificação que visa garantir a concreta realização dos objetivos conjuntamente prefigurados pelos contratantes".

²⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.117.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo; 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.41. Na mesma direção, confira-se Bianca: "*Es necesario por lo tanto avanzar hasta qué punto la parte debe tener en cuenta los legítimos intereses de la contraparte. La especificación debe ser buscada en el límite del apreciable sacrificio, que circunscribe el deber de buena fe: precisamente, la buena fe requiere a la parte tener presente la utilidad de la contraparte en los límites en los cuales ello no importe un apreciable sacrificio*" (BIANCA, Massimo C. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio

operador do direito analisar, no caso concreto, a legitimidade do ato de autonomia. Imprescindível, entretanto, não cair na tentação, sempre presente insidiosamente, de adotar abordagem tipificante da boa-fé objetiva, criando verdadeiros tipos de comportamento à qual a conduta concreta deverá ser subsumida. Abordagem nesse sentido se revelaria extremamente limitadora e contrária à vocação expansiva da figura, como instrumento de concretização do princípio de solidariedade social.

Ao lado da boa-fé objetiva, outro inafastável parâmetro de legitimidade do exercício da autonomia contratual é a renovada concepção do princípio do equilíbrio das posições contratuais. Tradicionalmente, sempre se entendeu que o equilíbrio era aquele combinado entre as partes.²⁹ Analisava-se a justiça do contrato sob aspecto meramente procedimental: bastava que a avença fosse fruto de consenso livre, suficientemente ponderado e adequadamente informado, para ser considerada justa.³⁰ Nos dias atuais, referida concepção deu lugar ao entendimento segundo o qual a concreta aferição do equilíbrio requer o balanceamento entre dois princípios constitucionais igualmente relevantes: a livre iniciativa, fundamento constitucional da autonomia contratual, e a solidariedade social.

Nesse sentido, embora se reconheça que o consenso informado seja instrumento de realização do equilíbrio das posições contratuais, a constituir "*valore mezzo*" e não um "*valore fine*",³¹ é preciso dar um passo adiante. A aferição do equilíbrio deve

de buena fe en el Derecho Privado Europeo. In: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 2. p.197, grifos no original).

²⁹ Exemplo desta orientação é a seguinte explanação de João Baptista Vilela: "Continuando, pode-se cravar mais fundo o punhal da razão interrogativa: por que não haveria o que censurar, quando é certo estar repousando o contrato do exemplo sobre uma enorme disparidade entre as prestações? Pela simples razão de que não é a aritmética que define o estatuto jurídico do contrato, senão a vontade mesma dos contratantes. Por que transparentes motivos ou obscuras razões quiseram contratar nas condições indicadas, é matéria de sua livre determinação. Fizeram-no interpretando as respectivas conveniências ou até – por que não? – cedendo a um capricho de suas mentes. Em regime político de liberdade contratual só às mesmas partes cabe fazer (e a si mesmas) essas perguntas. O Estado não tem porque intervir, sob pena de estar invadindo um domínio que não é o seu. Se é assim, deve-se concluir que o equilíbrio econômico-financeiro seria um conceito inútil, quem sabe mesmo prejudicial? De modo algum. O que se tem de compreender é que o senhor do conceito são as partes" (VILLELA, João Baptista. *Equilíbrio do contrato: os números e a vontade*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.780).

³⁰ Ainda nesse sentido, afirmando que a autonomia privada se sujeita apenas a controle de licitude e aquele de ordem procedimental, confira, na doutrina italiana, MOSCATI, Enrico. *Autonomia privata e giustizia contrattuale* (note minime sul controllo del contenuto del contratto e della congruità dei termini dello scambio). In: *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*. Milano: Giuffrè, 2010. t. 2. p.1204.

³¹ A observação é de Enrico Minervini. De acordo com o autor, "*è vero quanto si sostiene abitualmente, che trasparenza e riequilibrio non possono essere identificati in quanto trasparenza non mira ad una tutela sostanziale degli interessi in gioco, bensì ad individuare le regole del gioco, e quindi ad*

desprender-se da origem voluntarista do negócio, de modo que a justiça do contrato emane não do acordo de vontades que lhe dá origem, mas do merecimento de tutela do concreto regulamento. Significa, então, que se deve abandonar a análise voluntarista do equilíbrio das posições contratuais, em homenagem à investigação pautada no específico programa contratual, voltado à realização dos interesses perseguidos pelas partes. A justiça contratual deixa de ser avaliada com base na vontade arbitrária, no subjetivismo dos contratantes, e passa a depender da avaliação concreta do seu interesse a partir da específica disciplina contratual.

O equilíbrio das posições contratuais não abarca apenas a aferição do equilíbrio econômico do contrato. Cuida-se de análise mais ampla da relação contratual, identificada no regulamento capaz de conciliar os interesses contrapostos das partes.³² A rigor, didaticamente, é possível decompor o princípio do equilíbrio das posições contratuais em dois aspectos do mesmo fenômeno: o princípio do equilíbrio normativo e o princípio do equilíbrio econômico do contrato.³³ Não há prevalência de um aspecto sobre outro; há complementaridade, conquanto nem sempre seja fácil distingui-los entre si.³⁴

indicare come ci si debba comportare correttamente sul mercato. Tuttavia, non vi è dubbio che il nesso di strumentalità fra trasparenza del contratto ed equilibrio, normativo ed economico, delle posizioni contrattuali sia particolarmente rilevante" (MINERVINI, Enrico. *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.18). Em tradução livre: "verdadeira é a afirmação costumeira de que transparência e reequilíbrio não podem ser identificados, pois transparência não visa uma tutela substancial dos interesses em jogo, mas sim à individualização das regras do jogo e, portanto, a apontar como deve ser um comportamento correto no mercado. Contudo, não há dúvida de que o nexo de instrumentalidade entre transparência do contrato e equilíbrio normativo e econômico das posições contratuais é particularmente relevante."

³² PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.170.

³³ BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.39.

³⁴ A rigor, por vezes, o perfil normativo acaba se traduzindo em valoração econômica, como destaca Pietro Perlingieri: "a previsão de uma compensação voluntária, regra normativa que incide sobre a forma de pagamento e de satisfação de créditos e débitos recíprocos, releva também sob o perfil econômico" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.412, nota 410). Como destaca Macario, "*la differenza dovrebbe poter essere apprezzata sul piano delle conseguenze ossia in punto di rimedi allo squilibrio, ma la normativa cui normalmente ci si riferisce rende ardua siffatta distinzione*" (MACARIO, Francesco. *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.131, nota 1). Em tradução livre: "a diferença deveria ser apreciada no plano das consequências, isto é, no ato de remediar o desequilíbrio, mas a normativa à qual costuma-se remeter dificulta esta distinção".

O princípio do equilíbrio econômico do contrato, também designado equilíbrio material, recebeu tratamento tímido, praticamente insignificante, do legislador de 2002, que deixou de mencioná-lo expressamente, limitando-se a disciplinar algumas de suas manifestações, a exemplo da lesão (art. 157), do estado de perigo (art. 156) e da resolução por excessiva onerosidade (arts. 478-480). Todavia, em todos esses dispositivos, o legislador cedeu ao ranço voluntarista do qual ainda não conseguiu se despir por completo, e acostou ao desequilíbrio contratual requisitos ligados à vontade dos contratantes, como "inexperiência" ou "necessidade", ou então circunstâncias "extraordinárias" que não podiam ser previstas pelas partes quando da celebração do contrato, a dificultar a configuração do desequilíbrio de forma objetiva.³⁵

Talvez por essa razão, doutrina e jurisprudência tenham relegado, por tanto tempo, o princípio do equilíbrio econômico do contrato a uma espécie de princípio de segunda categoria, não merecendo aplicação autônoma, independente das expressas previsões legais e de seus requisitos subjetivos. Semelhante postura acaba por condicionar a justiça contratual àquela avaliação procedimental já referida: se a manifestação de vontade foi livre, informada, consciente e ponderada, o contrato é economicamente equilibrado.

A afirmação de um verdadeiro princípio do equilíbrio econômico do contrato requer sua aplicação desvinculada de requisitos subjetivos, bem como das expressas positivamente feitas pelo legislador de 2002. Para tanto, afigura-se imprescindível investigar que tipo de desequilíbrio autoriza a intervenção judicial reequilibradora, a fim de impedir o indesejável estrangulamento da autonomia privada.

Impõe-se, em primeiro lugar, verificar se as vantagens ou benefícios econômicos conferidos às partes são proporcionais entre si, a despeito de qualquer juízo acerca da higidez procedimental da manifestação de vontade, vale dizer, do adimplemento dos deveres de informação e da integridade do consentimento.³⁶ A justiça contratual, expressão da justiça comutativa, não requer equivalência absoluta nas relações de troca, mas proporcionalidade, de forma que nenhuma das partes dê muito mais nem

³⁵ Para crítica ao tratamento dispensado ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, confira-se SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.119-122, especialmente.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.58.

muito menos do que recebeu.³⁷ Como advertem Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova, é um primeiro e gravíssimo erro pensar que o contrato seja uma operação em que a soma das vantagens e das perdas das partes é igual a zero. Quem, de boa-fé, tem em mente esse disparate, afirmam os autores, passará todo o seu tempo buscando regra que impeça um contratante de ganhar, para impedir que o outro contratante perca. Quem raciocina assim vê em cada intercâmbio uma extorsão executada por uma parte em prejuízo da outra.³⁸

A proporcionalidade, portanto, consiste na justa proporção ou quantificação, concretizada segundo a boa-fé objetiva.³⁹ A análise é objetiva, independente de qualquer consideração de aspectos subjetivos relacionados à manifestação de vontade, como inexperiência ou necessidade.

Verificado que há, efetivamente, desproporcionalidade entre os benefícios econômicos auferidos pelas partes, investiga-se se o desequilíbrio se justifica diante

³⁷ De acordo com Pietro Perlingieri, o princípio de proporcionalidade parece "*destinato ad incidere profondamente nella moderna concezione del contratto, che in tal modo si allontana definitivamente dalla tradizionale volontaristica interpretazione del principio pacta sunt servanda*" (PERLINGIERI, Pietro. Nuovi profili del contratto. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.21, n.3, p.560, 2000). Em tradução livre: o princípio de proporcionalidade parece "destinado a afetar profundamente a moderna concepção de contrato, que de tal forma se distancia definitivamente da tradicional interpretação voluntarista do princípio *pacta sunt servanda*".

³⁸ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Il contratto. In: SACCO, Rodolfo (Dir.). *Trattato di diritto civile*. 3.ed. Torino: UTET, 2004. t. 1. p.17-18.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.413-414. Observe-se que a doutrina italiana distingue o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade, nos seguintes termos: "A operatividade do princípio da proporcionalidade nos contratos parece confiada a uma conexão entre elementos de confrontação homogêneos, comparáveis e quantificáveis. A proporcionalidade tem valor no plano quantitativo e determina, mas nem sempre, a consequência da redução do contrato. Vice-versa, quando a coligação é entre elementos não homogêneos, não comparáveis, que envolvem interesses não quantificáveis, por exemplo, não patrimoniais, o resultado é uma ponderação entre eles que não se pode traduzir no plano da quantidade, mas exige necessariamente uma valoração qualitativa. Em tais hipóteses entram em função seja o princípio da razoabilidade, seja o princípio da adequação. O merecimento de tutela, portanto, não pode se inspirar exclusivamente no aspecto quantitativo. Com efeito, a proporcionalidade consiste na justa proporção ou quantificação e configura, portanto, um parâmetro ulterior e sucessivo em relação àquele de razoabilidade (vista como justificação abstrata), uma diversa modalidade de valorar a entidade do interesse patrimonial, ou seja, a medida da sua proteção jurídica em comparação e ponderação com aquela de outros interesses. O princípio da proporcionalidade é, portanto, uma norma, aplicável também quando faltam regras *ad hoc*, a ser coordenada com outros princípios sistematicamente a ele coligados, utilizáveis em sede hermenêutica. O princípio da proporcionalidade, embora operativo entre elementos quantificáveis, constitui um daqueles momentos normativos de relevância axiológica os quais contribuem para recuperar a coerência e eficiência ao sistema jurídico e correta competitividade concorrencial ao mercado, no justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade, liberdade e merecimento de tutela dos conteúdos" (p.406-407). A distinção, embora relevante no direito italiano, não assume destaque no direito brasileiro, pelo que se utilizará, nesta tese, a proporcionalidade tanto para comparar interesses homogêneos, quanto aqueles heterogêneos, sem descurar, evidentemente, da superior hierarquia dos interesses existenciais em relação aos patrimoniais.

da economia contratual.⁴⁰ A análise do concreto regulamento de interesses da disciplina contratual estabelecida pela autonomia privada indicará se, a despeito de economicamente desequilibrado, o favorecimento normativo da parte em desvantagem econômica reequilibra a balança, conduzindo ao equilíbrio das posições contratuais.

Conforme já se afirmou, equilíbrio econômico e equilíbrio normativo encerram aspectos complementares do princípio do equilíbrio das posições contratuais, pelo que é possível que um desequilíbrio econômico se justifique, no âmbito do concreto negócio jurídico, em razão de algum poder ou direito conferido ao contratante. Mais uma vez, reafirma-se a necessidade de analisar o concreto regulamento de interesses em sua unidade, já que somente a partir do todo é possível avaliar fidedignamente o merecimento de tutela de seus diversos aspectos.

Constatado o desproporcional desequilíbrio econômico e a inexistência de qualquer vantagem normativa que reequilibre as posições contratuais, presumir-se-á a violação ao princípio do equilíbrio. A presunção poderá ser afastada se restar comprovado que a parte contra quem o contrato está desequilibrado ostenta interesse legítimo, mesmo não patrimonial, que justifique o desequilíbrio.⁴¹ Embora a regra seja o relativo equilíbrio econômico, nada impede que, no caso concreto, uma das partes assuma, deliberada e justificadamente, o risco de um desequilíbrio manifesto.⁴²

Nesses casos, o equilíbrio das posições contratuais resta atendido em face do merecimento de tutela dos interesses em jogo, pelo que a autonomia privada deve ser prestigiada, e o contrato há de ser mantido consoante pactuado pelas partes.

⁴⁰ Nessa toada, pondera Mauro Grondona que *"l'operazione di analisi e di costruzione ermeneutica che il giudice dovrebbe compiere è proprio quella di accertare le ragioni di tale squilibrio, onde valutare se esso sia (o possa essere) ragionevolmente giustificato in forza di uno stringente esame dell'economia del contratto"* (GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1029, 2013). Em tradução livre: "a operação de análise e de construção hermenêutica que o juiz deveria cumprir é exatamente aquela de aferir as razões desse desequilíbrio, para avaliar se ele é (ou pode ser) razoavelmente justificado a partir de um exame apurado da economia do contrato".

⁴¹ De acordo com Perlingieri, em algumas situações, "o equilíbrio entre as prestações deve ser individuado prescindindo das avaliações de mercado relativas a um bem, tendo-se em conta, porém, eventuais interesses não patrimoniais, exigências sentimentais e afetivas, os quais podem determinar um valor diverso para o próprio bem" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.412). Em outra sede, afirma o mesmo autor: *"risulta assolutamente necessario distinguere la valutazione economica della prestazione, dagli interessi, a volte non patrimoniali, che caratterizzano il contratto"* (Id. Equilíbrio normativo e princípio de proporzionalità nei contratti. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.50). Em tradução livre: "resulta absolutamente necessário distinguir a valoração econômica da prestação, dos interesses, às vezes não patrimoniais, que caracterizam o contrato".

Alterar o equilíbrio econômico original nessas circunstâncias não significa reequilibrar o contrato, mas atribuir ao contrato um equilíbrio diverso daquele expresso pelo regulamento negocial, subtraindo *ex post* de uma das partes algumas utilidades econômicas esperadas com a celebração do contrato, sob o argumento de que o desequilíbrio é prova certa de patologia.⁴³

O princípio do equilíbrio normativo exige que a disciplina contratual seja equilibrada, a conferir direitos e obrigações de forma proporcional a ambas as partes. Mais uma vez, a proporcionalidade não visa garantir equivalência entre os poderes atribuídos aos contratantes, mas impedir desproporção excessiva e injustificada entre eles. Assim como em relação ao equilíbrio econômico, a mobilidade do equilíbrio normativo, tendencialmente mutável de contrato para contrato, afasta qualquer tentativa de análise abstrata do fenômeno.⁴⁴

O perfil normativo do equilíbrio das posições contratuais vai ao encontro da ordem constitucional contemporânea, promovendo a igualdade substancial entre as partes. Enquanto o perfil econômico do equilíbrio contratual se volta para a tutela patrimonial dos contratantes, e se guia, sobretudo, por lógica eminentemente mercadológica, o perfil normativo comporta a tutela também de valores existenciais, ao viabilizar o controle da autonomia privada a partir de parâmetros que não o econômico, como a vulnerabilidade, por exemplo. Nesse sentido, o princípio do equilíbrio normativo permite reequilibrar a disciplina contratual para além das situações em que o regulamento de interesses ameaça o patrimônio de um dos contratantes, contemplando hipóteses em que a ameaça se coloca contra sua própria existência digna, mormente diante de vulnerabilidade existencial.⁴⁵ É a promoção do

⁴² SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.133.

⁴³ GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1029-1030, 2013.

⁴⁴ BENEDETTI, Giuseppe. L'equilíbrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.41.

⁴⁵ Carlos Nelson Konder traça fundamental distinção entre a vulnerabilidade patrimonial e aquela existencial, advogando a favor da elaboração de instrumentos de tutela próprios, voltados para pessoas que se enquadrem nesta última categoria. De acordo com o autor, "a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana" (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.24, n.99, p.111, maio/jun. 2015).

equilíbrio normativo, por exemplo, que justifica a intervenção legislativa que proíbe cláusulas de reajuste da mensalidade de plano de saúde por faixa etária.⁴⁶

O princípio encontra plena aplicabilidade também diante de relações paritárias, em que não há vulnerabilidade a ser prioritariamente tutelada. A despeito do silêncio da doutrina nacional acerca do tema,⁴⁷ inspira-se no princípio do equilíbrio normativo a aplicação da cláusula penal em favor de todos os contratantes, ainda que prevista em benefício exclusivo de uma das partes. Embora não se identifique, nominalmente, o fundamento dessa extensão no equilíbrio normativo, a jurisprudência a justifica na proporcionalidade e na razoabilidade, que são, como apontado, parâmetros de aferição do equilíbrio normativo. Emblemático, nesse sentido, o voto do Ministro Massami Uyeda nos autos do Recurso Especial 1119740/RJ:

Caracterizadas, portanto, as recíprocas obrigações entabuladas pelas partes, *não seria razoável, nem proporcional* que, para uma delas o descumprimento contratual seguisse a cláusula previamente redigida na avença, de execução mais simples, e, para o outro, caminho diverso, de execução mais complexa. Entender-se de forma diversa é o mesmo que tratar os iguais, desigualmente, pois enquanto no descumprimento por parte do promitente-comprador já estaria definido o quantum indenizatório, sem a possibilidade de quaisquer discussões, o inadimplemento do promitente-vendedor daria azo a discussões acerca do efetivo prejuízo sofrido pelo comprador.⁴⁸

Referida extensão, entretanto, há de ser feita com parcimônia, analisando as circunstâncias do caso concreto para verificar se a atribuição ao outro contratante do montante indenizatório constante da cláusula penal se afigura proporcional em relação à lesão aos seus interesses e aos possíveis danos por ele suportados em razão do inadimplemento da contraparte.

⁴⁶ Lei n.º 10.741/2003, art. 15, § 3.º Confira-se, na jurisprudência, o *leading case* acerca do tema: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 809.329/RJ. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 25/03/2008. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJe 11/04/2008. Trata-se de situação em que o equilíbrio normativo repercute diretamente sobre o equilíbrio econômico, daí a dificuldade, já apontada, de distinguir de forma absoluta os dois perfis do equilíbrio em algumas situações.

⁴⁷ Esta tese não tem a pretensão de sistematizar qualquer dos aspectos do princípio do equilíbrio das posições contratuais. Embora o tema assumira alguma relevância para este estudo, não é o foco da análise, pelo que não se aprofundará o tema nesta sede.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1119740/RJ. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgamento: 27/09/2011. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJe 13/10/2011 (grifou-se). Observe-se que, embora se discutisse acerca de relação hoje caracterizada como de consumo, não se aplicou o Código de Defesa do Consumidor, uma vez o contrato em análise fora firmado antes da sua entrada em vigor.

A percepção do princípio do equilíbrio das posições contratuais a partir dos dois vieses analisados ganha renovada importância na legalidade constitucional, e altera substancialmente a força obrigatória dos pactos com base em parâmetros não apenas econômicos, mas, sobretudo, existenciais, a permitir a mais intensa de todas as interferências na autonomia privada: a revisão contratual. Cabe à doutrina debruçar-se sobre esse princípio, até então maltratado, e traçar balizas seguras para sua aplicação, de sorte a garantir a justiça contratual sem, no entanto, sufocar a autonomia privada.

Por fim, no âmbito de ordenamento jurídico em que os institutos jurídicos são funcionalizados, a exigir que a função perseguida pelas partes com o concreto negócio seja compatível com os interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada, a função social do contrato exsurge como mais uma figura voltada à análise da autonomia privada. Funcionalização e função social são conceitos que revelam o esforço para fazer convergirem as perspectivas individual (própria do ato) e geral (própria do ordenamento), de modo que a regra criada pelos particulares se volte para a obtenção do efeito jurídico admitido e tutelado pelo ordenamento.⁴⁹

Nessa senda, a função social do contrato, inserida no artigo 421 do Código Civil, passou a exigir dos contratantes o dever de perseguir, além da satisfação de seus interesses particulares, a promoção de interesses extracontratuais socialmente relevantes dignos de tutela e relacionados ao contrato.⁵⁰ Ao lado do atendimento de sua função econômica, conferindo aos contratantes a utilidade que o ordenamento jurídico lhe atribui, o contrato deve promover interesses sociais merecedores de tutela que, de alguma forma, sejam afetados pela relação contratual, não os deixando sucumbir aos contrários interesses das partes.

A interpretação da locução "em razão de", constante do texto do dispositivo legal, ajusta-se à concepção segundo a qual a função social do contrato não é unicamente um limite externo à liberdade de contratar, mas interno, imprescindível para a configuração e identificação do instituto e, por certo, de necessário atendimento para atribuição de tutela pelo ordenamento. Como destaca Judith Martins-Costa:

⁴⁹ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.43, p.34, jul./set. 2010.

A expressão "em razão da" indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o *modo de exercício* do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, reconhecendo-se assim que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, *intersubjetiva*, ligando as partes entre si; outra, *transubjetiva*, ligando as partes a terceiros determinados ou indeterminados. Assim a função social não opera apenas como um limite externo, é também um *elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual*.⁵¹

A função social não se presta à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. Entendimento diverso amesquinhará a própria função social, "tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, postos legítimos, já se encontram suficientemente tutelados" por outros mecanismos.⁵² A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais. De todo modo, se a promoção da função social em um dado caso concreto resultar na proteção de uma das partes, tal benefício será efeito colateral da necessidade de coibir determinadas práticas contratuais nocivas à sociedade.⁵³ É o que ocorre, por exemplo, quando se proíbem determinados pactos capazes de promover práticas contrárias à livre concorrência, em prejuízo de pequenas empresas e do mercado consumidor; se tal intervenção na liberdade de contratar vier a garantir alguma proteção especial ao contratante eventualmente prejudicado por tal vínculo, esta será apenas um reflexo indireto da atuação da função social, e não o seu escopo primário.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p.150.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social do contrato. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n.37, p.19, ago./set. 2004. Como explica Maria Celina Bodin de Moraes, quando a lei determina que "a liberdade de contratar será exercida *em razão e nos limites* da função social do contrato", é possível concluir que a liberdade de contratar não se dará mais "em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir" (BODIN DE MORAES, Maria Celina A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.21, p.118-119, jan./mar. 2005, grifos no original).

⁵² TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p.251, nota de rodapé n.º 14.

⁵³ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.43, p.69, jul./set. 2010.

A função social não pode, entretanto, servir de mecanismo de estrangulamento da liberdade pessoal dos contratantes, a ponto de convertê-la em "função assistencial do contrato". Se o contrato deve atender à função social para ser merecedor de tutela, não se pode descurar de sua função econômica, cuja satisfação é o que verdadeiramente move as partes à celebração do negócio.⁵⁴ A jurisprudência superior já reflete essa preocupação, como se extrai da decisão proferida no Recurso Especial 783.404, relatada pela Ministra Nancy Andrighi, em que se discutia a possibilidade de resolver contrato de compra e venda de safra futura de soja a preço certo, sob o argumento de ter se tornado excessivamente oneroso para o produtor em razão de fortes chuvas e pragas, que resultaram em baixa produtividade e elevação do preço da saca no momento da execução do contrato:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. [...] O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. [...] Dessa forma, não há como admitir que, tendo ignorado ou calculado mal tais variáveis, ou, pior, estando arrependida com o preço acordado no ato da contratação, a parte pretenda, sob o manto da função social do contrato, pleitear a resolução deste. O simples fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.⁵⁵

Ao fim dessa análise, é inevitável concluir que a autonomia privada ingressa no século XXI profundamente remodelada; não se trata de nova roupagem para velho conceito, mas de novo conceito forjado pela legalidade constitucional. A mudança resulta de escolha axiológica e metodológica que propõe, no que tange à autonomia contratual, o abandono da perspectiva estrutural do contrato, pela qual se enfatiza o papel do acordo de vontades individuais, em favor de perspectiva funcional, inspirada na valoração dos interesses em jogo e na consequente

⁵⁴ Nessa direção, confira-se: KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p.59; e COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.54.

⁵⁵ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. *REsp 783.404*. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 28/06/2007. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJ 13/08/2007.

prevalência daquele merecedor de tutela. A ideia de que o contrato é essencialmente consenso cede passo para a concepção de que o contrato é essencialmente relação.⁵⁶ O que se verifica não é, pois, o declínio do contrato, mas o enaltecimento de sua dimensão social.

E é justamente nesse cenário que se propõe a analisar a cláusula resolutiva expressa, genuína manifestação da autonomia privada: à mesma vontade criadora da relação contratual atribui-se o poder de elencar, *ex ante*, as obrigações que assumem particular relevância no âmbito do concreto regulamento de interesses, e cujo inadimplemento conferirá ao credor prejudicado a faculdade de optar entre resolver a relação ou executar a prestação pelo equivalente. Mas não é só. Por meio da cláusula resolutiva expressa, podem as partes gerir outros riscos contratuais, além do inadimplemento, de forma diversa daquela determinada pela disciplina legal, a fim de promover de forma mais efetiva seus interesses.

Trata-se, por conseguinte, a cláusula resolutiva expressa, de cláusula acessória inserida pelas partes no contrato a partir do poder a elas atribuído pela ordem jurídica, com o escopo de valorar suas obrigações e disciplinar, previamente, os riscos do negócio. Na linha da contemporânea abordagem da autonomia privada, impõe-se identificar os parâmetros a serem observados pelos contratantes na concreta elaboração da cláusula, de modo a garantir que o exercício dessa liberdade seja, além de lícito, legítimo.

Essa análise assume importância ímpar para a efetividade da cláusula resolutiva expressa. Isso porque, exame da jurisprudência dos Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça demonstra que, conquanto haja significativo avanço em direção à adoção de concepção solidarista e funcional do contrato, a natural dificuldade de lidar com cláusulas gerais⁵⁷ – como o são a boa-fé objetiva, o equilíbrio das posições contratuais e a função social do contrato – e a falta de definição, sob perspectiva funcional, de um regime jurídico próprio da cláusula

⁵⁶ CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. p.287.

⁵⁷ A rigor, a ausência de parâmetros para aplicação das cláusulas gerais e a inexperiência dos operadores do direito em lidar com essa espécie normativa conduzem à aplicação atécnic da categoria, a prejudicar sua própria efetividade. Peter Schlechtriem, discorrendo acerca da boa-fé objetiva no direito alemão, destaca o risco oposto: de se entender que toda a disciplina codificada seria dispensável, uma vez que, por meio da aplicação da boa-fé objetiva, poder-se-ia chegar a soluções similares àquelas. (SCHLECHTRIEM, Peter. *Good faith in German law and International Uniform Laws*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997. p.1).

resolutiva expressa produzem um resultado inconveniente: a intervenção jurisdicional desmedida no conteúdo, na forma de execução e nos efeitos da cláusula, a reduzir consideravelmente a sua utilidade.

O reconhecimento de que a liberdade dos contratantes na confecção da cláusula resolutiva expressa não é absoluta – como não o é, a rigor, qualquer esfera de liberdade – não suprime ou enfraquece a "conotação do instituto como uma filosofia contratual valoradora (em termos mais ou menos amplos) da autonomia privada".⁵⁸ Essa constatação é o fio condutor de todas as ideias desenvolvidas nesta tese, a começar pela correta identificação do fundamento da resolução e do âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa.

1.2 Identificação do correto fundamento da resolução e a consequente expansão do âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa: para além do contrato bilateral

Produto da autonomia privada, a cláusula resolutiva expressa permite que o credor, diante da verificação do evento nela contemplado, opte entre exigir a execução do contrato pelo equivalente ou resolvê-lo extrajudicialmente, desvinculando-se de relação jurídica incapaz de promover sua função econômico-individual.⁵⁹ Com efeito, a finalidade precípua da cláusula reside em viabilizar que o credor resolva de pleno direito, sem intervenção judicial, a relação contratual disfuncionalizada, liberando-se das obrigações assumidas e recuperando o que eventualmente já houver prestado.

Qualquer resolução pressupõe, de regra, contrato existente, válido e, até então, eficaz. Isso significa que a resolução opera em presença de patologia superveniente, e se distingue nitidamente da disciplina das invalidades, aplicável quando há vício

⁵⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.72.

⁵⁹ De acordo com Ferri, a função econômico-individual concebida como causa do contrato indica o valor e o alcance que as partes deram à operação econômica globalmente considerada. Conceber a causa como função econômico-individual importa em ressaltar que, se o negócio expressa uma regra privada, a causa é o elemento que conecta a operação econômica objetiva com os sujeitos da relação, a indicar como o concreto regulamento de interesses expressa objetivamente as finalidades subjetivas (FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966. p.371-372).

originário relativo a requisito de validade.⁶⁰ A resolução conduz à ineficácia do negócio,⁶¹ em virtude de circunstâncias posteriores à sua conclusão e frustrantes do programa contratual traçado pelas partes.

É precisamente o que acontece diante de impossibilidade da prestação ulterior e inimputável; ou de superveniente onerosidade excessiva da prestação para uma das partes, com extrema vantagem para outra, decorrente de acontecimentos

⁶⁰ Sobre a diferença entre as invalidades e a resolução, confira-se PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.22 et seq.

⁶¹ Controverte-se acerca do plano do negócio jurídico em que atua a resolução. Distingue-se, de hodierno, a ineficácia da seguinte forma: ineficácia em sentido amplo e ineficácia em sentido estrito. De acordo com Proença, a ineficácia em sentido amplo corresponde às invalidades, enquanto a ineficácia em sentido estrito decorre de vícios extrínsecos ao negócio e à sua estrutura, e se desencadeiam em momento superveniente à sua gênese (Ibid., p.17-18). Mário Júlio de Almeida Costa distingue a resolução, da inexistência, da invalidade e da ineficácia *stricto sensu*, as quais "atingem o próprio negócio jurídico de onde a relação emerge, impedindo que produza os efeitos normais, respectivamente, porque nem sequer se verifica a aparência ou o suporte material que corresponde à noção dele, por falta ou irregularidade de um dos seus elementos internos, ou mercê de alguma circunstância extrínseca" (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 8.ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2000. p.280). Para Cariota Ferrara, por sua vez, a resolução se insere na categoria da impugnabilidade; são impugnáveis, segundo o autor, os negócios que, a despeito de reunirem todos os requisitos de validade, podem ter seus efeitos destruídos em virtude de ação da parte ou de terceiro fundada em circunstância extrínseca e superveniente. Cariota Ferrara distingue a impugnabilidade das invalidades, uma vez que, naquele caso, não há vício em qualquer requisito de validade, mas apenas a operação, contra os efeitos do negócio, de circunstância valorada pelo legislador, da qual tampouco depende a validade da avença. Da ineficácia (também designada ineficácia em sentido estrito) diferencia-se a impugnabilidade: embora em ambas as situações esteja em jogo a eficácia do negócio, a ineficácia opera *ipso iure ipsoque facto*, enquanto a impugnabilidade requer uma ação impugnativa para a destruição dos efeitos (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p.382 et seq.). Santoro-Passarelli, a seu turno, não distingue a impugnabilidade da ineficácia em sentido estrito, tratando, sob esta rubrica, de todas as situações em que o negócio, apesar de válido, é ineficaz, e reconhece que, em razão da variedade de hipóteses abarcadas pela categoria, "*non è possibile e neppure interessante indicare compiutamente*" (em tradução livre: "não é possível nem interessante apontar exatamente"). O autor indica que a resolução conduz à ineficácia sucessiva do negócio, a depender "*dall'impugnativa di una delle parti*" (em tradução livre: "pela impugnação de uma das partes") (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*. 9.ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012. p.259 et seq.). No Brasil, Ruy Rosado de Aguiar Júnior inclui a resolução dentre as causas de ineficácia em sentido estrito, "atribuída aos atos que, embora reunindo os elementos constitutivos e pressupostos de validade, não produzem os efeitos próprios do tipo legal", da qual distingue a ineficácia em sentido amplo, "correspondente aos atos nulos, que são ineficazes". E resume o autor: "A resolução é causa de ineficácia em sentido estrito, que se estrema da anulação por resultar de causa externa e superveniente; distingue-se dos demais casos de ineficácia porque depende de ação (impugnabilidade) e, dentre estes, é a causa que atinge apenas a relação negocial, não todo o contrato (como acontece, por exemplo, na rescisão)" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.40 et seq.). Antônio Junqueira de Azevedo, em sentido semelhante, ao discorrer sobre os fatores de ineficácia, pontua que todos eles conduzem à resolução do negócio, e os distingue em dois tipos: "a) os ligados à formação do negócio, por exemplo: o advento do evento futuro (nos negócios sob condição resolutiva, ou nos submetidos a termo final) ou a não realização da causa final (nos negócios com causa final) etc.; e b) os não ligados à formação do negócio, como o distrato e a impossibilidade superveniente" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.59).

extraordinários e imprevisíveis; ou, também, em presença de inadimplemento absoluto, a tornar a prestação inútil para o credor ou impossível para o devedor por ato imputável.⁶² Modalidade especial de resolução é a redibição, aplicável a certos contratos onerosos, especialmente o de compra e venda;⁶³ a dissolução do contrato por redibição tem como causa o cumprimento da obrigação de dar sem que a coisa tenha as qualidades que dela se espera.⁶⁴ Em todas essas situações, por razões das mais diversas, a resolução se justifica em razão da incapacidade de o contrato atender à sua função econômico-individual, e satisfazer o interesse das partes.

Embora a racionalidade da resolução salte aos olhos, já que não se concebe a imposição, a qualquer das partes, de relação jurídica estéril, incapaz de proporcionar o resultado útil esperado, impõe-se investigar seu real fundamento, tendo em vista a relevância prática do tema, mormente para a correta identificação do âmbito de incidência da própria cláusula resolutiva expressa.⁶⁵ A pergunta, portanto, é esta: o que justifica excepcionar a força obrigatória do contrato, permitindo à parte resolvê-lo em todas aquelas situações apontadas?

A diversidade de situações passíveis de conduzir à resolução dificulta a identificação de fundamento único, capaz de justificar todas as hipóteses referidas.⁶⁶ Por conseguinte, e coerentemente com o escopo desta tese, concentrar-se-á a investigação na distinção do fundamento da resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa, quando há, de regra, inadimplemento absoluto. De todo modo, convém referir que a doutrina tende a explicar a resolução decorrente do inadimplemento de forma genérica, sem apartar o fundamento da resolução

⁶² Afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "a resolução pode ter por causa o inadimplemento, a impossibilidade superveniente e a excessiva onerosidade" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.437).

⁶³ Como reconhece Carvalho Santos, "os vícios redibitórios são inerentes à coisa vendida; são chamados redibitórios porque podem dar lugar à resolução do contrato" (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.335).

⁶⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.172.

⁶⁵ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.28. Há, todavia, quem considere inútil a discussão: SACCO, Rodolfo. *Il contratto*. Torino: UTET, 1993. v.2. p.588.

⁶⁶ Como afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior, "pela diversidade de situações, e porque o mesmo fato pode fundamentar pedido de execução ou de extinção, de adimplemento ou de resolução, é difícil formular uma teoria geral da resolução" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.437). Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova explora o fundamento da resolução decorrente da superveniente impossibilidade inimputável em: SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. In: SACCO, Rodolfo (Dir.). *Trattato di diritto civile*. 3.ed. Torino: UTET, 2004. t. 2. p.696-699.

proporcionada pela cláusula resolutiva tácita, daquela facultada pela cláusula expressa. Nessa esteira, formularam-se diversas teorias: a teoria da vontade presumida; da equidade; da superveniência; a teoria sancionatória; da vedação ao enriquecimento sem causa; do poder dispositivo; da causa; e a teoria da quebra do sinalagma, também designada teoria da interdependência. Examinar-se-á somente esta última, por ser a que conquistou mais adeptos.⁶⁷

A teoria da quebra do sinalagma identifica o fundamento da resolução na particular estrutura dos contratos bilaterais, considerando a resolução como natural consequência – embora optativa – da crise no nexo de interdependência das prestações, vale dizer, da ruptura do sinalagma.⁶⁸

Na definição de Larenz, contratos bilaterais são, em sentido amplo, *contratos de intercâmbio*: as partes trocam prestações dotadas, para cada uma delas, de igual valor, de modo que cada uma recebe por sua prestação o valor correspondente da contraprestação. Segundo critério objetivo, não é necessário que as prestações recíprocas sejam equivalentes; basta que cada parte veja na prestação da outra a compensação suficiente por sua própria prestação.⁶⁹ O princípio fundamental dos contratos bilaterais, afirma o autor, é o *do ut des*, segundo o qual cada contratante se obriga à sua prestação, unicamente, em razão de o outro se obrigar à contraprestação.⁷⁰ A bilateralidade do contrato não decorre, portanto, da mera presença de obrigações atribuídas a ambas as partes; nem todo contrato com obrigações para os dois contratantes se qualifica como bilateral. Imprescindível é a existência de relação de interdependência entre as prestações, de sorte que uma obrigação seja a razão jurídica da outra.⁷¹ As duas prestações estão entre si em conexão causal: cada um dos contratantes se obriga a prestar para obter a prestação da contraparte. Contrato bilateral é, pois, contrato *sinalagmático*.

⁶⁷ As demais teorias foram paulatinamente abandonadas. Sobre o tema, confira-se: ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.59-76; AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p.443-446; PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.65-73; ROSSETTI, op. cit., p.28-36; AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942. p.85-133; MEORO, Mario E. Clemente. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p.51-90.

⁶⁸ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.36.

⁶⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p.267.

⁷⁰ Ibid., p.266.

⁷¹ A respeito da corresponsabilidade, remete-se a PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.83.

Exige-se a presença do sinalagma não só na fase inicial, quando da celebração do contrato, mas também durante toda a relação contratual. Por essa razão, fala-se em sinalagma genético, a indicar a interdependência no momento da celebração, e sinalagma funcional, relativo à interdependência ao longo do desenvolvimento da relação contratual.⁷² Em verdade, tal distinção se afigura meramente didática, uma vez que o sinalagma é uno, e sofre os influxos do dinamismo da relação negocial. Se a relação obrigacional é um processo, que se altera e se modifica durante seu percurso em direção ao adimplemento, o sinalagma se sujeita às mesmas vicissitudes, sem, contudo, fragmentar-se.

De todo modo, o que importa destacar é que para a teoria da interdependência, a resolução está fundamentada na superveniente quebra do sinalagma, o que acaba restringindo essa forma extintiva da relação obrigacional aos contratos bilaterais.⁷³ A perspectiva, contudo, não se coaduna com a realidade jurídica. Na prática, em diversas situações, admite-se a resolução de contratos unilaterais, assim entendidos aqueles em que não existem obrigações ligadas por nexo de interdependência; ainda que a ambas as partes sejam atribuídas obrigações – hipótese em que o contrato unilateral é oneroso –, uma não é causa e consequência da outra, são autônomas e independentes, desvinculadas de qualquer contraprestação.

⁷² *"Senonchè la tutela della interdipendenza delle attribuzioni corrispettive sarebbe indubbiamente insufficiente se si limitasse a salvaguardare la piena corrispettività iniziale, poichè può darsi benissimo che un contratto oneroso stipulato in condizioni di libera autodeterminazione per ambo le parti, non consenta ad una delle parti, per varie cause sopravvenute, di realizzare quel corrispettivo che l'era stato promesso. Pertanto se la tutela giuridica del sinallagma si limitasse al momento formativo, essa potrebbe non di rado riuscire illusoria, poichè non garantirebbe al contraente la vera realizzazione del corrispettivo"* (MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950. p.13). Em tradução livre: "Só que a tutela da interdependência das atribuições correspectivas seria insuficiente se se limitasse a salvaguardar a plena correspectividade inicial, uma vez que pode muito bem ser que o contrato oneroso celebrado em condições de livre autodeterminação para ambas as partes, não permita que uma delas, por causa superveniente, realize a prestação correspectiva que havia prometido. Assim, se a tutela jurídica do sinalagma se limitasse à fase de formação, poderia resultar ilusória, uma vez que não garantiria ao contratante a verdadeira realização do correspectivo." Sobre o tema, confira-se, ainda, José João Abrantes: "O sinalagma, nome que é usual dar a essa relação de interdependência, distingue-se em genético e funcional. O primeiro refere-se ao momento da formação do vínculo e designa a dependência recíproca entre duas obrigações, contempladas na sua dimensão programática, isto é, ao tempo da celebração do acordo. O segundo refere-se ao nexo existente entre as duas prestações, consideradas no momento da execução do contrato, significando que as obrigações nascendo unidas assim se deverão manter até à sua extinção (em princípio, pelo cumprimento)" (ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. p.193).

⁷³ "Aos contratos unilaterais não se aplica o parágrafo único do art. 1.092, expressamente destinado a reger tão somente os *contratos bilaterais*" (BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.330, grifos no original).

O Código Civil italiano, no artigo 1453,⁷⁴ ao tratar da resolução por inadimplemento, refere-se não a contratos bilaterais, mas a contratos com prestações correspectivas, como o faz em diversos outros dispositivos, a exemplo dos artigos 1406, 1460 e 1463.⁷⁵ Contrato com prestações correspectivas, segundo entendimento dominante na Itália, é aquele caracterizado pela reciprocidade de atribuições patrimoniais, vale dizer, em que há sacrifício patrimonial de uma parte em troca do sacrifício patrimonial da outra parte. Exige-se a correspectividade não necessariamente entre obrigações ou prestações, mas entre as atribuições patrimoniais.

Se assim é, a resolução, na Itália, tutela o nexo de sinalagmaticidade entre as atribuições patrimoniais recíprocas, e não entre as prestações obrigacionais.⁷⁶

⁷⁴ Código Civil italiano, "art. 1453: *Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.*

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione".

Em tradução livre: "art. 1.453. Nos contratos com prestações correspectivas, quando um dos contraentes não cumprir as suas obrigações, poderá a outra parte pedir, à sua escolha, ou a execução, ou a resolução do contrato, admitida, em qualquer caso, a indenização do dano.

A resolução pode ser pedida mesmo quando já foi proposta ação para obter a execução; não se poderá mais pedir, porém, a execução, quando foi pedida resolução.

Da data do pedido de resolução, não pode mais a parte faltosa executar a própria obrigação".

⁷⁵ Código Civil italiano, "art. 1406 *Ciascuna parte può sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta.*"

Em tradução livre: "art. 1.406. Qualquer das partes pode se fazer substituir por terceiro nas relações derivadas de um contrato com prestações correspectivas, se estas não foram já realizadas, desde que a outra parte o consinta".

"Art. 1460 *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.*

Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede."

Em tradução livre: "Art. 1.460. Nos contratos com prestações recíprocas, pode qualquer dos contraentes recusar-se a executar a sua obrigação se a outra não executar ou não se oferecer para executar contemporaneamente a própria, a não ser quando termos diversos tenham sido estabelecidos pelas partes ou resultem da natureza do contrato.

Não pode ele, todavia, recusar-se à execução se, de acordo com as circunstâncias, a recusa for contrária à boa-fé."

"Art. 1463 *Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.*"

Em tradução livre: "Art. 1.463. Nos contratos com prestações recíprocas, a parte liberada pela superveniente impossibilidade da prestação devida não pode pedir a contraprestação e deve restituir o que já tenha recebido, de acordo com as regras relativas à repetição do indébito."

⁷⁶ Essa é a lição de Mosco, ao criticar orientação segundo a qual a resolução, tanto aquela derivada do inadimplemento quanto da onerosidade excessiva ou da impossibilidade superveniente, teria lugar apenas em contratos bilaterais, assim entendidos aqueles que geram obrigações principais

A resolução por inadimplemento incide, dessa forma, em contratos com prestações correspectivas, e por tal se entende, além do contrato em que uma obrigação, em sentido técnico, é causa e consequência da outra, também aquele em que uma obrigação é causa e consequência de uma atribuição patrimonial. Por outro lado, afirma-se que

*il rimedio della risoluzione per inadempimento non è mai utilizzabile nel caso di contratti con prestazione patrimoniali a carico di una parte sola, ovvero nei contratti in cui, pur sussistendo reciproche attribuzioni patrimoniali, non sussiste tra esse un vincolo di corrispettività.*⁷⁷

Nesse sentido, admite-se expressamente a resolução em contratos reais, nos quais haja correspectividade entre atribuições patrimoniais, como no mútuo oneroso.⁷⁸ Por outro lado, embora o próprio Código Civil italiano admita, no artigo 793, a resolução de doação por descumprimento do encargo, desde que haja cláusula resolutiva expressa,⁷⁹ parte da doutrina entende tratar-se de *ratio* diversa, uma vez

para ambas as partes: "Contro questa opinione va anzitutto rilevato che lo spirito e il fondamento della risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta, è nettamente contrario a quella interpretazione, in quanto la risoluzione in tutte e tre le sue forme si fonda sulla causa delle attribuzioni, cioè sul rapporto sinallammatico funzionale, e questo esiste sia che le attribuzioni reciproche si realizzino col mezzo tecnico della obbligazione, sia che si realizzino con altri mezzi" (MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950. p.136, grifou-se). Em tradução livre: "Contra essa opinião deve-se relevar, antes de tudo, que o espírito e o fundamento da resolução por excessiva onerosidade e por impossibilidade superveniente são nitidamente contrários àquela interpretação, porque em todas as suas três formas a resolução se funda na causa das atribuições, isto é, na relação sinalagmática funcional, e isto ocorre quer as atribuições recíprocas se realizem com o meio técnico da obrigação, quer se realizem com outros meios".

⁷⁷ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.50, grifos no original. Em tradução livre: "o remédio da resolução por inadimplemento nunca pode ser utilizado em caso de contratos com prestações patrimoniais a cargo apenas de uma parte, ou nos contratos em que, mesmo existindo atribuições patrimoniais recíprocas, não há entre elas um vínculo de correspondência".

⁷⁸ Código Civil italiano, "art. 1820: *Se il mutuuario non adempie l'obbligo del pagamento degli interessi, il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto*". Em tradução livre: "Art. 1.820. Se o mutuário não satisfizer a obrigação de pagar os juros, poderá o mutuante pedir a resolução do contrato".

⁷⁹ Código Civil italiano, "art. 793. *Il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa donata. Per l'adempimento dell'onere può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso. La risoluzione per inadempimento dell'onere, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi*". Em tradução livre: "Art. 793. O donatário está obrigado à satisfação dos encargos dentro dos limites do valor da coisa doada.

que o encargo não se liga por nexos de sinalagmaticidade à doação. Tratar-se-ia, segundo se afirma, de verdadeira *condizione risolutiva*.⁸⁰

Em Portugal, a restrição da resolução aos contratos bilaterais consta do Código Civil, cujo artigo 801.º, n.º 2, a respeito da impossibilidade culposa da prestação, parte da dualidade contrato bilateral-contrato unilateral para estatuir: "tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro". No entanto, a despeito da dicção do artigo genérico, o artigo 1.150.º admite, expressamente, a resolução no contrato de mútuo se o mutuário não pagar os juros no seu vencimento;⁸¹ o artigo 966.º contempla a resolução da doação fundada no não cumprimento do encargo;⁸² e o artigo 1.140.º admite a resolução do comodato se, não obstante a existência de prazo, o comodante tiver justa causa para fazê-lo.⁸³ Observe-se que, nesta última hipótese, admite-se a resolução de contrato unilateral e gratuito, ao contrário dos dois primeiros artigos.

Brandão Proença, em crítica à disciplina legal, afirma que, embora o legislador tenha importado do Código Civil italiano os artigos 966.º e 1150.º, cópias fiéis dos artigos 793 e 1820, não importou sua "justificação", consistente na resolução baseada na correspectividade das atribuições patrimoniais, e não na bilateralidade, o que resultou na disciplina contraditória do direito português.⁸⁴ Na tentativa de conferir coerência ao sistema, assevera o autor:

A pressuposição genérica de uma bilateralidade obrigacional, como fundo resolutivo dos arts. 801.º, 2 e 802.º do C.C., não pode querer significar uma estreita relação entre os dois termos pois é certo, para lá da disponibilidade convencional da resolução ou de uma certa amplitude de aplicação do art. 431.º, que a resolução, em consequência de uma teia legal assimétrica,

Para a satisfação do encargo, pode agir, além do doador, qualquer interessado, mesmo durante a vida do próprio doador.

A resolução por não satisfação do encargo, se prevista no ato da doação, pode ser pedida pelo doador ou pelos seus herdeiros".

⁸⁰ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.51.

⁸¹ Código Civil português, "art. 1.150.º O mutuante pode resolver o contrato, se o mutuário não pagar os juros no seu vencimento".

⁸² Código Civil português, "art. 996.º O doador, ou seus herdeiros, também podem pedir a resolução da doação, fundada no não cumprimento dos encargos, quando esse direito lhes seja conferido pelo contrato".

⁸³ Código Civil português, "art. 1.140.º Não obstante a existência de prazo, o comodante pode resolver o contrato, se para isso tiver justa causa".

⁸⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.96-97.

pode 'atingir' contratos unilaterais, como o comodato ou o depósito e não se subsume ao regime do art. 795.^o, 1, do C.C. Estas circunstâncias motivam a colocação do problema do espaço de aplicação da resolução [...] e levam, necessariamente, a considerar que o fundamento da resolução se prende igualmente com a tutela do interesse (liberatório e recuperatório) do credor ou da sua devida protecção. O fundamento primário da resolução não pode deixar de ser o facto típico de um certo incumprimento ou de uma *Leistungstörung* e a dupla necessidade desvinculativa e (ou) de restituição das prestações cumpridas (função realizada pela resolução enquanto instrumento de 'liquidação' contratual). O que significa, também, que a racionalidade do instituto resolutivo está decisivamente conexcionada com as incidências contratuais (e éticas) do princípio da boa-fé objetiva na dupla direcção em que é afirmado, isto é, no que diz respeito às obrigações de lealdade e de cooperação.⁸⁵

Pedro Romano Martinez, a seu turno, após identificar na quebra do sinalagma contratual o fundamento da resolução legal,⁸⁶ vislumbra na autonomia privada o fundamento da resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa: "a resolução convencional assenta na liberdade contratual, podendo apresentar-se com distintos conteúdos, sendo também os respectivos pressupostos livremente conformáveis pela vontade das partes".⁸⁷

No Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, a resolução se encontrava intimamente ligada aos contratos bilaterais por conta da topografia do Código, que previa, sob o capítulo intitulado "dos contratos bilaterais", o artigo 1.092, e sobretudo, do próprio conteúdo do dispositivo, que fazia referência expressa àqueles contratos.⁸⁸

Com o advento do Código Civil de 2002, a resolução por inadimplemento passou a constar dos artigos 474 e 475, que, além de inseridos no capítulo intitulado "da extinção do contrato", não fazem alusão aos contratos bilaterais. Suprimiu-se, então, qualquer limitação legal ao âmbito de incidência da resolução por inadimplemento. A alteração legislativa parece ter legitimado a resolução também em contratos unilaterais, já admitida timidamente em algumas situações mesmo sob

⁸⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.69.

⁸⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2006. p.75.

⁸⁷ Ibid., p.81.

⁸⁸ Código Civil de 1916, art. 1.092. "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. 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 parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos."

a égide do Código Civil de 1916, a despeito de resultar em certa incongruência sistemática àquela altura.

Tome-se o comodato, típico contrato unilateral por gerar obrigações unicamente para o comodatário,⁸⁹ dentre as quais se destacam as obrigações de conservar a coisa como se sua própria fora e a de utilizá-la de acordo com os termos do contrato. De acordo com o artigo 582 do Código Civil – correspondentes aos artigos 1.251 e 1.252 do Código Civil de 1916 –, a infração a referidos deveres enseja apenas a cobrança de perdas e danos pelo comodante. Embora o legislador não tenha contemplado a possibilidade de o comodante resolver o contrato, ao contrário de tendência legislativa observada no direito estrangeiro,⁹⁰ a doutrina sempre admitiu a possibilidade.

Sob a vigência do Código Civil de 1916, Carvalho de Mendonça era categórico quanto à possibilidade de resolução no comodato: "indaga-se se o uso abusivo do objeto no comodato pode dar lugar à resolução do contrato. A afirmativa é iniludível. O inadimplemento é sempre causa de resolução em todo e qualquer contrato".⁹¹ Da mesma forma, Orlando Gomes também advogava favoravelmente à viabilidade de o "comodato ser rescindido pelo comodante antes de expirado o prazo, se o comodatário usa a coisa por modo diverso ou contrário ao estipulado como, v.g., se, violando proibição contratual, cede, a outrem, o seu uso".⁹²

Mais recentemente, à luz do Código Civil de 2002, Arnoldo Wald, ao tratar da obrigação do comodatário de utilizar a coisa de acordo com os termos do contrato, afirma que "a infração contratual culposa importa em responsabilidade do comodatário na forma do art. 392 do novo Código Civil, além de ensejar a rescisão do contrato, dependendo das cláusulas e condições deste".⁹³ Em outra

⁸⁹ Alguns autores o classificam como contrato bilateral imperfeito, em razão da possibilidade de, excepcionalmente, gerar obrigações para o comodante. Nesse sentido, confira-se LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro: dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2, t. 2. p.579.

⁹⁰ Veja-se, por exemplo, o Código Civil português, "art. 1140.º Não obstante a existência de prazo, o comodante pode resolver o contrato, se para isso tiver justa causa".

⁹¹ CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 4.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. 1. p.133.

⁹² GOMES, Orlando. *Contratos*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.318.

⁹³ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.501. Observe-se que, embora o autor se utilize do termo "rescisão", usualmente empregado em sentido abrangente, para significar qualquer extinção do contrato (embora, em boa técnica, deva ser reservado para a extinção que se origina em defeito contemporâneo ao negócio), a referência do autor a infrações contratuais deixa claro que se trata de resolução. Para distinção entre os vários termos empregados na extinção do contrato, remete-se o leitor a: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado.

oportunidade, ao discorrer sobre as formas de extinção do comodato, o autor é mais taxativo, afirmando a possibilidade de resolução por força de cláusula resolutiva expressa: "na hipótese de inadimplemento por parte do comodatário, admite-se a rescisão quando contratualmente prevista".⁹⁴ De todo modo, reconhece que "se não houver convenção regulando a matéria, parte da doutrina entende que o comodante só tem direito a pedir perdas e danos (art. 582 do novo Código Civil), não se aplicando no caso a cláusula resolutiva tácita, por não se tratar de contrato bilateral".⁹⁵

Silvio Rodrigues destaca que "o contrato pode, ademais, ser pelo comodante rescindido antes desse termo, se o comodatário, de qualquer modo, descumpre suas obrigações, como quando, por exemplo, usa a coisa de forma diversa da que foi convencionada ou imposta por sua natureza".⁹⁶ Na mesma linha, Carlos Roberto Gonçalves elenca, dentre as formas de extinção do comodato, a resolução "por iniciativa do comodante, em caso de descumprimento, pelo comodatário, de suas obrigações, especialmente por" usar a coisa "de forma diversa da convencionada ou determinada por sua natureza".⁹⁷

A utilidade de se admitir a resolução na hipótese descrita é patente, sobretudo se o comodato tiver sido estipulado em benefício do comodatário, hipótese em que se subordina o direito de o comodante resilir o contrato, antes de expirado o prazo, à ulterior "necessidade imprevista e urgente da coisa emprestada, necessidade que deve ser reconhecida pelo juiz da sentença".⁹⁸

Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.63-73; e LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Extinção dos contratos.* In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p.609-648.

⁹⁴ WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos.* 16.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.502.

⁹⁵ WALD, loc. cit.

⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* 30.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3. p.262-263.

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.* 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3. p.348. Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se discutia a possibilidade de resolução de comodato de veículo automotor por descumprimento das obrigações contratualmente atribuídas ao comodatário de pagar as multas e o IPVA do veículo, bem como de usá-lo dentro de certo limite territorial. Como havia no contrato cláusula resolutiva expressa, entendeu o Tribunal que o comodante poderia resolvê-lo de pleno direito: "Com efeito, os documentos trazidos aos autos indicam que houve o desrespeito aos termos do contrato de comodato, notadamente, às suas cláusulas 3.^a e 6.^a, as quais preveem a responsabilidade do comodatário pelas multas e dívidas de IPVA, além da referida limitação territorial ao uso do bem [fls. 28/37]. Ora, uma vez configurado o inadimplemento, pode o autor resolver o contrato" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 0154494-03.2012.8.26.0000*. Relator: Des. Virgílio de Oliveira Junior. Julgamento: 05/11/2012. Órgão Julgador: 21.^a Câmara de Direito Privado. Publicação: 12/11/2012).

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos.* 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.317.

A possibilidade de resolver a relação obrigacional deve ser estendida a todos os contratos unilaterais cuja inexecução de obrigação atribuída a uma das partes retire do credor o interesse na manutenção do vínculo contratual, sempre que o ordenamento jurídico não lhe oferecer outro instrumento para se desvincular da relação. Em verdade, nesses contratos, a resolução por inadimplemento se afigura ainda mais importante do que nos contratos bilaterais, visto que não comportam a invocação de exceção do contrato não cumprido.⁹⁹

Se, como se constata, a resolução do comodato – e de outros contratos unilaterais, consoante se sustenta – é admitida por força da cláusula resolutiva tácita, não se pode identificar seu fundamento na proteção do sinalagma, entendido como a interdependência de obrigações principais. A exclusão da referência, no artigo 475, aos contratos bilaterais permite ampliar as fronteiras da resolução, e ratifica a necessidade de divisar um fundamento diverso da proteção do sinalagma, abrangente o suficiente para abarcar a possibilidade de sua aplicação também aos contratos unilaterais.

No âmbito da cláusula resolutiva expressa, a questão se torna menos dramática: apesar das dúvidas concernentes ao fundamento da resolução decorrente da cláusula resolutiva tácita, quando a cláusula é expressa, o fundamento é a própria autonomia privada dos contratantes, como reconheceu Pedro Romano Martinez no direito português. A cláusula resolutiva expressa é, em definitivo, manifestação evidente da autonomia privada. Atribui-se às partes a legitimidade de, ao criar o vínculo jurídico, estabelecer em que situações ele poderá ser desfeito, desde que conduzam à incapacidade de promover-se o resultado útil programado.

Mesmo alguns autores que, sob a égide do Código Civil de 1916, vislumbravam na tutela do sinalagma a resolução promovida pela cláusula resolutiva tácita e a restringiam, conseqüentemente, aos contratos bilaterais, admitiam a possibilidade de aposição da cláusula resolutiva expressa em contratos unilaterais. É o que sustentava Eduardo Espinola, segundo o qual, embora, à primeira vista, se pudesse cogitar da inutilidade da cláusula resolutiva expressa diante da existência, por força de lei, da cláusula resolutiva tácita, "bem apreciado o caso, compreende-se que, sendo aplicável o pacto comissório tácito apenas aos contratos sinalagmáticos, pode

⁹⁹ BAPTISTA, Daniela. Da cláusula resolutiva expressa. In: GONÇALVES, Luís Couto et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012.

servir aos interesses das partes o pacto comissório expresso em todo o campo dos contratos unilaterais".¹⁰⁰ E prossegue o autor: "Se o pacto comissório fôr convencionado num contrato unilateral, sem declaração da maneira de operar, entende-se que as partes quiseram introduzir em seu contrato o pacto comissório tácito que a lei aplica aos contratos bilaterais".¹⁰¹

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, Araken de Assis reconhece que, no âmbito da cláusula resolutiva expressa, "o campo da autonomia privada parece ilimitado",¹⁰² e admite sua inclusão em contratos unilaterais, embora restrinja a incidência da cláusula tácita aos contratos bilaterais:

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". Uma das finalidades da cláusula consiste em dissipar as incertezas da aplicação a determinado contrato da resolução legal. Por tal motivo, a resolução negocial abrange quaisquer negócios jurídicos, incluindo os unilaterais.¹⁰³

Esse entendimento, com efeito, vai ao encontro da própria origem da cláusula resolutiva expressa. Como destaca Inocêncio Galvão Telles, no Direito Romano, os contratos bilaterais não se caracterizavam pela interdependência das obrigações, e o credor não poderia se desvincular do contrato invocando o inadimplemento do devedor. As obrigações se mantinham independentes; não havia conexão entre elas. A regra passou a sofrer atenuações pela vontade dos contratantes, "que procuravam, eles próprios, acautelar os seus interesses introduzindo nos contratos uma cláusula por força da qual, se um deles não cumprisse, o outro poderia dar o acordo como resolvido. Essa cláusula tornou-se *usual*".¹⁰⁴ Foi somente quando a

p.208.

¹⁰⁰ ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956. p.124, nota de rodapé n.º 43.

¹⁰¹ ESPINOLA, loc. cit.

¹⁰² ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.588.

¹⁰³ ASSIS; ANDRADE; ALVES, loc. cit.

¹⁰⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7.ed. rev. e atual., Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.458-459, grifos no original. É o que explica, em detalhes, Carlos Ibarguren: "*En las*

interdependência das obrigações se tornou princípio jurídico, que os autores passaram a conceber uma cláusula subentendida nos contratos bilaterais, a admitir a resolubilidade do contrato por inexecução.

Curiosamente, observa-se que a cláusula resolutiva expressa ingressa no direito antes mesmo da cláusula resolutiva tácita, como solução criativa da autonomia privada diante da impossibilidade de desvinculação das partes de contrato incapaz de promover sua função econômico-individual, justamente porque as obrigações não eram sinalagmáticas. Na origem, portanto, o fundamento da resolução já não era a interdependência das prestações, mas a autonomia privada. E assim continua a ser.

Posto isso, não se vislumbra qualquer restrição ontológica à inclusão de cláusula resolutiva expressa em outros contratos, que não os bilaterais. O fundamento da cláusula bem como da resolução dela decorrente, repita-se à exaustão, não é e nunca foi a proteção do sinalagma, mas a autonomia privada dos contratantes. Cuida-se, em definitivo, de genuína expressão da autonomia privada, a ser exercida também no âmbito de contratos unilaterais, na esteira da melhor orientação doutrinária:

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

convenciones bilaterales, la norma jurídica es que una de las partes no puede exigir el cumplimiento del contrato si ella, a su vez, no cumple su obligación o no ofrece cumplirla. Ulpiano (Digesto, L. XIX, tít. I, frag. 13, § 8) dice que 'el comprador debe ofrecer al vendedor el precio cuando él pide por la acción de compra la cosa sobre que se contrató y por esto también si ofreciera parte del precio, subsiste la acción de compra, porque el vendedor puede retener como en prenda la cosa que vendió'. En el frag. 25 del mismo libro y título, Juliano sienta el mismo principio. Y en el Código Justiniano (L. IV, tít. XLIV, Const. 8.^a), Diocleciano y Maximiano juzgan el caso, informándose en la misma doctrina. Si el demandante no cumplió ni ofrece cumplir su obligación, su acción es rechazada por un exceptio doli, llamada en este caso por algunos comentadores exceptio non adimpletis contratus, o excepción del no cumplimiento del contrato, porque se presumía que no había buena fe. [...] Vamos estudiar la situación que se produce en el caso de que una de las partes no cumpliera. El principio general al respecto es que el no cumplimiento por una de las partes, no autoriza a la otra a disolver por sí sola el contrato: su derecho se limita a exigir la ejecución de lo convenido. Los contratos no llevan implícita la condición de rescisión y sólo autorizan a exigir el cumplimiento. [...] Este principio tiene algunas excepciones. En primer lugar, en los contratos reales innominados, la parte que ha cumplido el contrato tiene derecho a repetir lo que ha dado, si la otra no cumple lo que prometió. Se explica esta solución por la naturaleza especial de estos contratos, que son los que consisten en la entrega de una cosa o prestación. [...] Otra excepción es el pacto comisorio, que es una convención especial resolutoria que se puede agregar a los contratos, y en cuya virtud las partes convienen en que si una no cumple el contrato, queda éste rescindido" (IBARGUREN, Carlos. Apuntes de derecho romano: obligaciones. Buenos Aires: Virtus, 1932. p.349-352).

prestação tem como consequência a resolução do contrato. A vontade criadora do vínculo estabelece as condições para sua ruptura.¹⁰⁵

Expande-se, dessa forma, significativamente o âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa, que poderá figurar em contratos bilaterais ou unilaterais consoante o interesse das partes.

1.3 As funções da cláusula resolutiva expressa: gestão de riscos contratuais e autotutela

Contratar é, por si só, uma situação de risco.¹⁰⁶ Entendido como a consequência econômica de um evento incerto, ou a plausibilidade de prejuízo financeiro proveniente de acontecimentos incertos, o risco sempre esteve vinculado ao resultado dos pactos.¹⁰⁷ Ao contratar, as partes ignoram as vicissitudes que podem atingir o contrato, e desconhecem se o seu desfecho lhes será favorável ou não. Por isso mesmo, a materialização dos riscos que orbitam o negócio assombra diuturnamente os contratantes, que podem ter seus interesses não satisfeitos por razões alheias à sua conduta. A fim de gerir essas superveniências, o Código Civil dispõe de diversos dispositivos, que partilham entre as partes, de forma supletiva, os riscos contratuais.

Nessa esteira, citam-se, a título ilustrativo: o artigo 234, que determina a resolução da obrigação de dar coisa certa caso a coisa se perca sem culpa do devedor, atribuindo-lhe responsabilidade pelo equivalente, mais perdas e danos se a perda decorrer de culpa sua; o artigo 246, que atribui ao devedor a responsabilidade

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.118-119.

¹⁰⁶ Afirmam António Pinto Monteiro e Júlio Gomes que “contratar é, desde logo, planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, ‘trocar’ o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura” (MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A ‘hardship clause’ e o problema da alteração das circunstâncias. In: VAZ, Manuel Afonso; LOPES, J. A. Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*. Coimbra: Coimbra Editoria, p.19, 1998).

¹⁰⁷ FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produtor de riscos. *Prima Facie - Direito, História e Política*, v.12, n.22, p.64-85, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4507>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

pela deterioração ou perda da coisa antes da escolha nas obrigações de dar coisa incerta; o artigo 248, segundo o qual a obrigação de fazer se resolve se a prestação do fato se tornar impossível sem culpa do devedor, respondendo, todavia, por perdas e danos se incorrer em culpa; o artigo 393, que afasta a responsabilidade do devedor pelos danos provenientes de caso fortuito ou força maior; o artigo 399, que atribui ao devedor em mora a responsabilidade pelos prejuízos advindos do caso fortuito ou força maior; o artigo 441, segundo o qual o credor pode enjeitar a coisa por vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor, bem como o artigo 442, que confere ao credor a opção de, em vez de rejeitar a coisa, recebê-la com abatimento do preço; o artigo 447, que atribui ao alienante os riscos decorrentes da evicção; e o artigo 478, de acordo com o qual, se acontecimentos extraordinários e imprevisíveis acarretarem excessiva onerosidade da prestação para uma parte e extrema vantagem para a outra, o contrato poderá ser resolvido pelo devedor; dentre vários outros específicos de certos tipos contratuais.

Todas essas regras visam disciplinar dois tipos de risco contratual, sistematizados por Guido Alpa da seguinte forma: (i) o risco de incumprimento, quando a prestação não é adimplida por culpa do devedor, por fato de terceiro, por fato do príncipe ou por caso fortuito; e (ii) o risco econômico, relacionado à diminuição da satisfação econômica do negócio, pela preexistência ou superveniência de circunstâncias previstas, previsíveis ou não previstas e imprevisíveis que, conquanto não conduzam ao inadimplemento em sentido técnico, desorganizam a economia originária do negócio. Apesar da distinção conceitual em abstrato, tais riscos se encontram entrelaçados *in concreto*.¹⁰⁸

O risco jurídico, por outro lado, caracteriza os contratos aleatórios, e corresponde a evento que incide sobre a prestação, modificando o vínculo entre os sacrifícios de

¹⁰⁸ ALPA, Guido. Rischio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989. v.40. p.1146. No original: “a) il rischio dell’inadempimento, quando una delle prestazioni non viene eseguita per fatto volontario o colposo del debitore, per intervento di terzi, per factum principis o per caso fortuito; b) il rischio della diminuita soddisfazione economica dell’affare, per la preesistenza o la sopravvenienza di circostanze, previste, prevedibili o non previsti e non prevedibili che non comportano inadempimento in senso tecnico, ma sconvolgimento dell’economia originaria dell’affare. In astratto questi due diversi tipi di rischio, concettualmente distinti, sono agevolmente riconoscibili, In concreto no; essi sono intrecciati sia nella realtà effettuale, sia nella dinamica dello stesso contratto, sia nella dinamica processuale”.

cada uma das partes;¹⁰⁹ ocorre quando é a prestação em si mesma, a prescindir do seu custo ou valor econômico, que depende da verificação do evento incerto. À configuração do contrato aleatório não basta, contudo, o risco puramente jurídico. No contrato sob condição, por exemplo, a prestação se subordina a um risco jurídico, a um evento futuro e incerto cuja verificação pode impedir a realização da prestação, o que não o torna aleatório, uma vez que o risco afeta igualmente ambas as prestações. Há, aqui, um risco economicamente neutro, que não altera o equilíbrio do contrato: o evento que libera a parte da prestação devida a priva, da mesma forma, da contraprestação. Daí se concluir, como afirma Roppo, que o risco do contrato aleatório é, a um só tempo, jurídico e econômico: "*è il rischio che tocca la prestazione in sé e per sé (e non solo il suo costo o valore); la tocca in modo unilaterale e squilibrante, così da avvantaggiare una parte e penalizzare l'altra sul piano economico*".¹¹⁰ De todo modo, não é desse risco que se está a tratar.

Como se observou, os artigos do Código Civil, referidos alhures, voltados à gestão de riscos contemplam regras meramente supletivas: partilham e disciplinam os riscos no silêncio das partes, a fim de colocar um ponto final nos "estados contratuais alterados".¹¹¹ Por essa razão, os contratantes podem valer-se do contrato, instrumento vocacionado à gestão de riscos nas operações negociais, para distribuir, de forma diversa, os resultados positivos e negativos dele decorrentes, de modo a atender mais eficazmente aos seus interesses. As partes, no exercício da autonomia privada, anteveem, no momento da celebração do contrato, os riscos passíveis de atingir o negócio, e os alocam entre si, de sorte que cada um, ao assumi-los, passa a responder por suas consequências econômicas.

¹⁰⁹ BARENGHI, Andrea. Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Dir.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.319. De acordo com Roppo, "*Il termine alea significa sorte (profilo oggettivo); e significa rischio (profilo soggettivo). I contratti aleatori sono quelli in cui l'entità della prestazione dipende dal caso, cioè da fatti incerti o ignoti alle parti, e fuori del loro controllo; quelli in cui i contraenti si assumono il rischio di vedere – per effetto del caso – ingigantita la prestazione a proprio carico, ovvero ridotta o addirittura azzerata la prestazione attesa*" (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011. p.421, grifos no original). Em tradução livre: "O termo álea significa sorte (perfil objetivo); e significa risco (perfil subjetivo). Os contratos aleatórios são aqueles em que a entidade da prestação depende do acaso, isto é, de fatos incertos ou desconhecidos pelas partes e fora de seu controle; aqueles em que os contratantes assumem o risco de ver – por efeito do acaso – agigantada a prestação a seu cargo ou, ao contrário, reduzida, e até zerada, a prestação esperada".

¹¹⁰ Ibid., p.422, grifos no original. Em tradução livre: "é o risco que envolve a prestação em si mesma (e não apenas seu custo ou valor); envolve-a de maneira unilateral e desequilibradora, de modo a favorecer uma parte e penalizar a outra no plano econômico".

Como observa Trimarchi, por meio do contrato, as partes são capazes de se assegurar do empenho da outra para a consecução de resultado útil programado, e distribuir, entre elas, os riscos das dificuldades e dos imprevistos inculpáveis que possam turbar a atuação do programa contratual. De acordo com o autor, esses dois aspectos, empenho e garantia contra riscos inculpáveis, podem se apresentar e se combinar de diversas formas nos variados arranjos contratuais. A determinação do esforço devido e a distribuição dos riscos inimputáveis não podem ser reconduzidas a critério abstrato e objetivo; mister analisar o concreto regulamento de interesses, com o propósito de dar atuação ao programa contratual construído pelas partes a partir de suas próprias avaliações e conveniências.¹¹²

Os contratantes podem, então, alocar de forma diversa os riscos relativos ao inadimplemento, aqueles inerentes à álea normal de certo tipo contratual, ou podem gerir riscos ordinariamente qualificados como extraordinários, ampliando a álea normal do negócio em relação à parte que assume esses riscos, com sua respectiva diminuição para o outro contratante¹¹³ – o contrato, ao prever e internalizar certo evento extraordinário, transmuda a álea extraordinária em álea normal, procedendo, dessa forma, à gestão positiva dos riscos.¹¹⁴

A cláusula de *hardship*, por exemplo, utilizada, sobretudo, em contratos internacionais, constitui relevante mecanismo de gestão de riscos contratuais pelas partes do negócio, uma vez que lhes permite pactuar, antecipadamente, o dever de renegociar as cláusulas contratuais na hipótese de sobrevir modificação das circunstâncias capaz de afetar o equilíbrio da avença.¹¹⁵ São, desse modo, duas as principais utilidades da cláusula: conferir às partes a possibilidade de definir o *hardship*, isto é, o evento que, no concreto regulamento de interesses, afigura-se

¹¹¹ A expressão é de PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.64.

¹¹² TRIMARCHI, Pietro. Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.54, n.3, p.342, maio/jun. 2008.

¹¹³ DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999. p.92.

¹¹⁴ BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015. p.139.

¹¹⁵ Conforme lecionam António Pinto Monteiro e Júlio Gomes, "São cláusulas de *hardship* aquelas que estabelecem um *dever de renegociar* um contrato quando ocorre uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa susceptível de afectar o equilíbrio global do contrato" (MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A 'hardship clause' e o problema da alteração das circunstâncias. In: VAZ, Manuel Afonso; LOPES, J. A. Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p.19, grifos no original).

capaz de desequilibrar o contrato,¹¹⁶ e impor-lhes o dever de renegociação em presença de sua superveniência.

Dentre os diversos outros instrumentos privados de gestão de riscos contratuais, também a cláusula resolutiva expressa se firma como instituto privilegiado a desempenhar referida função, concedendo ao contratante não inadimplente "*trasladar el riesgo de su insatisfacción al deudor*".¹¹⁷ Cuida-se de mais uma ferramenta à disposição dos contratantes destinado à alocação e (ou) disciplina dos efeitos dos riscos do negócio.

De regra, afirma-se que a cláusula resolutiva expressa se destina apenas a disciplinar o inadimplemento absoluto.¹¹⁸ Indiscutivelmente, o instituto permite às partes distribuir as perdas decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais de forma ímpar, facultando-lhes valorar a relevância de cada obrigação e estabelecer as consequências de sua inexecução, conforme o concreto regulamento de interesses.

A rigor, como aponta Guido Alpa, "*anche in queste ipotesi il problema da risolvere è un problema di distribuzione dei rischi*".¹¹⁹ O inadimplemento absoluto é, por si só, um específico risco contratual, a cuja gestão a cláusula resolutiva expressa serve magistralmente.¹²⁰ Restringi-la, contudo, à disciplina desse particular risco, revela inaceitável misoneísmo. Embora, em sua origem, o instituto estivesse ligado ao inadimplemento absoluto, sua percepção histórico-relativa impõe a ampliação de seus confins, a permitir a gestão de outros riscos que, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio.

¹¹⁶ Judith Martins-Costa, ao sustentar que o fundamento da cláusula de *hardship* é a autonomia privada dos contratantes, aponta expressamente a possibilidade de as partes determinarem aquilo que compreendem como *hardship*, incluindo também eventos previsíveis como capazes de desencadear a aplicação da cláusula (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n.25, p.20-22, abr./jun. 2010).

¹¹⁷ GARRIDO, María Luisa Palazón. El remedio resolutorio en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones en España: un estudio desde el derecho privado europeo. In: DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez (Dir.); GARRIGO, María Luisa Palazón; SERRANO, Maria Del Mar Méndez (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p.425.

¹¹⁸ Veja-se, por todos: PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.76.

¹¹⁹ ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8.ed. Padova: CEDAM, 2013. p.540. Em tradução livre: "mesmo nesses casos, o problema a resolver é um problema de distribuição dos riscos".

¹²⁰ Para Ana Prata, "sempre que o incumprimento convencionalmente prefigurado não fosse, por lei, bastante para fundamentar a resolução do contrato, nem para constituir o devedor na obrigação de indemnizar, e essas sejam nos termos da cláusula, as suas consequências, estar-se-á perante um agravamento da responsabilidade do devedor" (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985. p.46).

Desse modo, faculta-se às partes, valendo-se da cláusula resolutiva expressa, redistribuir os riscos de caso fortuito e força maior, ou de qualquer outro evento que incida diretamente sobre a relação, inviabilizando a atuação do programa contratual,¹²¹ para tanto, esses riscos, quando externos ao negócio, devem ser a ele internalizados. Ou então, podem também os contratantes manter a alocação do risco feita pelo legislador e alterar somente os efeitos de sua superveniência, a exemplo do que ocorre quando se incluem vícios redibitórios no suporte fático da cláusula; nesse caso, como se analisará detidamente adiante, o comprador poderá, uma vez constatado o vício oculto que torne a coisa imprópria ao uso a que se destina, resolver a relação obrigacional extrajudicialmente, a despeito do ajuizamento da ação redibitória.

Retirar tais eventos do âmbito da teoria legal do risco desenhada pelo legislador e incluí-los como suporte fático da cláusula resolutiva expressa significa permitir ao credor, diante de sua verificação, optar entre resolver de pleno direito o contrato ou executar a medida que o legislador prevê como alternativa à resolução – de regra, a execução pelo equivalente. A incidência de perdas e danos dependerá, sempre, do caso concreto.¹²²

Fundamental destacar, por fim, que a gestão de riscos, identificada a partir da vontade declarada pelos contratantes, impacta, decisivamente, sobre o equilíbrio econômico do negócio. Imperativa, dessa forma, a observância da equação econômica durante todo o desenrolar da execução do contrato, em homenagem aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio contratual.

A assunção dos riscos ora analisados e sua gestão por meio de cláusula resolutiva expressa não altera a qualificação do contrato, transmutando-o de comutativo para aleatório. Há, no máximo, conforme já destacado, a ampliação da álea normal em relação à parte que assumiu o risco econômico, como destaca Rosario Nicolò:

In tal caso, sino a quando l'autonomia privata non incontra un limite normativo inderogabile che renda senza effetto il patto di assunzione del rischio [...] non è affatto esatto, sul piano concettuale, dire che il contratto da commutativo si trasforma in contratto aleatorio, modificandosi ab intrinseco la sua struttura causale; in verità, le parti si limitano ad estendere convenzionalmente, a carico di una di esse, l'ambito della cosiddetta alea normale, la quale costituisce, in termini generali, il limite preclusivo di ogni

¹²¹ A análise da gestão desses riscos por meio da cláusula resolutiva expressa será realizada no item 1.5.2, *infra*.

¹²² Confira-se, acerca do tema, o item 3.1.1.3, *infra*.

*protezione che abbia come punto di riferimento una sopravvenuta maggiore onerosità della prestazione di una delle parti.*¹²³

Admitir a gestão mais ampla dos riscos contratuais por meio da cláusula resolutiva expressa, como se defende nesta tese, potencializa deveras sua vocação de instituto voltado à autotutela,¹²⁴ função já reconhecida por Darcy Bessone, ao afirmar que a cláusula derroga, por vontade das partes manifestada no contrato, o princípio segundo o qual a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos:¹²⁵ o credor, verificado o suporte fático da cláusula, pode resolver, por si só, a relação obrigacional, independentemente de qualquer intervenção judicial.

De acordo com Pietro Perlingieri, diversamente da autonomia privada, consistente no poder dos contratantes de *regular*, por si, seus próprios interesses, a autotutela confere o poder de *tutelar*, por si, tais interesses.¹²⁶ No âmbito da cláusula resolutiva expressa, o poder de autotutela nasce a partir do exercício da autonomia privada, a evidenciar o seu papel instrumental em relação à autotutela: a autonomia privada predispõe acerca das condições necessárias ao nascimento do específico poder de autodefesa, cujo exercício depende da efetiva realização do fato lesivo. Nesse sentido, afirma Lina Bigliazzi Geri que, na realidade, o direito de resolver a relação contratual

non deriva automaticamente dalla clausola negoziale in tal senso predisposta, rappresentando la stipulazione di questa il semplice presupposto dell'efficacia immediata della dichiarazione di 'volersene valere', nel che consiste l'esercizio del (nuovo) diritto. La fattispecie è diversa da quella originaria e contiene, ora, il diritto del creditore a realizzare l'effetto che rappresenta il contenuto del diritto stesso. La dichiarazione del creditore si configura, dunque, come

¹²³ NICOLÒ, Rosario. Alea. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. v.1. p.1027. Em tradução livre: "Nesse caso, até que a autonomia privada encontre um limite normativo inderrogável que torne sem efeito o pacto de assunção do risco [...], não é exato, no plano conceitual, dizer que o contrato se transforma de comutativo em aleatório, modificando *ab intrínseco* sua estrutura causal; na verdade, as partes se limitam a estender convencionalmente, a cargo de uma delas, o âmbito da chamada álea normal, que constitui, em termos gerais, o limite preclusivo de qualquer proteção que tenha como ponto de referência uma superveniente maior onerosidade da prestação para uma das partes".

¹²⁴ No direito estrangeiro, também salienta a relevância da cláusula resolutiva expressa como instrumento de autotutela Marco Rossetti (*La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.381).

¹²⁵ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.324.

¹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.336.

*l'espressione non già del diritto di autonomia, bensì di quello (specifico) di autotutela.*¹²⁷

No que tange aos limites da autotutela, identificam-se dois entendimentos divergentes: sustenta-se, por um lado, que, na ordem jurídica contemporânea, em que se reserva ao Estado o monopólio da força e se proíbe o exercício das próprias razões, a autotutela é excepcional, só admitida quando expressamente prevista em lei, a exemplo do direito de retenção, do desforço possessório, da exceção de contrato não cumprido, da legítima defesa, da compensação e da própria cláusula resolutiva expressa, dentre outros.¹²⁸

Afirma-se, por outro lado, que a autotutela, como expressão da autonomia privada, encerra um dos possíveis modos de autorregulamentação de interesses. Nesse sentido, se ao indivíduo se reconhece o poder de criar normas e estabelecer seus efeitos, a ele deve ser igualmente reconhecido o poder de tutelar o direito emergente daquelas normas por ele ditadas.¹²⁹ Tornar-se-ia possível, consoante sustenta Raquel Bellini de Oliveira Salles, admitir a criação, pelos contratantes, de instrumentos de autotutela não expressamente previstos em lei, inclusive com função resolutiva.¹³⁰ Segundo a autora, a ausência de previsão legal desses instrumentos pode ser superada adotando-se a "não excepcionalidade da autotutela contratual constitucionalizada", decorrente do "princípio da autonomia privada, devidamente temperado pelos filtros de controle da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso".¹³¹ Sob tal perspectiva, poder-se-ia admitir a resolução extrajudicial do contrato após o transcurso, *in albis*, do prazo concedido ao contratante inadimplente por simples

¹²⁷ GERI, Lina Bigliuzzi. *Profili sistematici dell'autotutela privata*: introduzione. Milano: Giuffrè, 1971. t. 1. p.85. Em tradução livre: "não deriva automaticamente da cláusula negocial disposta nesse sentido, representando sua estipulação o simples pressuposto da eficácia imediata da declaração de 'querer se valer dela', em que consiste o exercício do (novo) direito. A *fattispecie* é diversa daquela originária e contém agora o direito do credor de realizar o efeito que representa o conteúdo do mesmo direito. A declaração do credor se configura, portanto, não como expressão do direito de autonomia, mas do direito (específico) de autotutela".

¹²⁸ Nesse sentido, Pontes de Miranda só admite a autotutela nos estritos termos da lei: "A justiça de mão própria somente se permite se, excepcionalmente, o sistema jurídico não a condena; portanto onde se abre exceção ao *princípio do monopólio estatal da justiça*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 2. p.324, grifos no original).

¹²⁹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p.53-54.

¹³⁰ *Ibid.*, p.57.

¹³¹ *Ibid.*, p.212-213.

interpelação para a purga da mora.¹³² O que a autora propõe, em última análise, é a aplicação, no Brasil, da *diffida ad adempiere*, expressamente prevista no artigo 1454 do Código Civil italiano, a despeito de inexistir correspondente previsão legal no ordenamento jurídico pátrio.¹³³

A presente tese não advoga em favor da expansão dos instrumentos resolutórios, que autorizaria a autotutela sem previsão legal, mas, sim, da possibilidade de, por meio de leitura funcional da cláusula resolutiva expressa, dilatar seu suporte fático para também abarcar a gestão de outros riscos, além do inadimplemento absoluto, o que permite estender a autotutela para situações funcionalmente equivalentes àquela já admitida em lei.

Concebida em tais bases, a cláusula resolutiva expressa proporciona ambiente negocial mais seguro e previsível aos contratantes: permite-lhes preestabelecer, conjuntamente, em que situações a relação poderá ser resolvida por não ser capaz de promover os interesses concretamente perseguidos, e faculta à parte lesada livrar-se imediatamente da relação disfuncional, imprestável à finalidade a que se dirigia, sem que, para isso, tenha que se submeter às inconveniências de um processo judicial.

1.4 Cláusula resolutiva expressa, cláusula resolutiva tácita, pacto comissório e condição resolutiva: um cotejo necessário

¹³² SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p.213.

¹³³ Código Civil italiano, "Art. 1454 *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 risolto.*

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 risolto di diritto."

Em tradução livre: "Art. 1.454. À parte faltosa, pode a outra parte intimar, por escrito, à execução, em um prazo razoável, com a declaração de que, decorrido inutilmente o referido prazo, o contrato se considerará, sem mais, como resolvido.

O prazo não pode ser inferior a quinze dias, a não ser acordo diverso das partes ou a não ser que, pela natureza do contrato ou de acordo com os usos, se considere equitativo um prazo menor.

Se decorrer o prazo sem que seja o contrato executado, considerar-se-á este como dissolvido de pleno direito".

À primeira vista, cláusula resolutiva expressa e cláusula resolutiva tácita aparentam ser institutos análogos, com a única diferença de a primeira resultar da autonomia privada das partes, e a segunda, da lei, que a insere no contrato de forma supletiva, diante do silêncio dos contratantes.¹³⁴ Ledo engano. Em verdade, a distinção vai muito além da fonte da qual emanam, a ponto de ser possível identificar regimes jurídicos diversos, o que conduz, inevitavelmente, à indagação: trata-se, verdadeiramente, do mesmo instituto jurídico?

Como se demonstrou no item anterior, a cláusula resolutiva expressa encerra relevante mecanismo de alocação e disciplina dos riscos contratuais, que não se restringem ao inadimplemento absoluto. E mesmo quanto à configuração do inadimplemento absoluto, a cláusula resolutiva expressa permite aos contratantes avaliar, *ex ante*, a relevância das várias obrigações assumidas para a consecução do resultado útil programado, disciplinando, dessa forma, os efeitos do seu descumprimento. A qualificação do inadimplemento idôneo a provocar a resolução é definida de comum acordo, por ambas as partes.

A cláusula resolutiva tácita, por se entender subentendida nos contratos, sequer é cláusula: trata-se de regra legal, que não oferece às partes qualquer espaço para disciplinar outros riscos contratuais; na realidade, é ela mesma uma espécie de alocação estabelecida pela teoria legal do risco. Por essa razão, a avaliação sobre a relevância das obrigações assumidas pelo contratante no contexto do concreto regulamento de interesses é realizada *a posteriori*, depois, portanto, da sua inexecução pelo devedor, além de ser feita unilateralmente pelo credor, como destaca Valle Ferreira:

[...] embora a compra e venda, contrato bilateral, possa sempre resolver-se por inadimplemento (Cód. Civil, art. 1.092, §), ninguém negaria ser o inadimplemento fato de tal modo complexo que a sua verificação tem de ser decidida em juízo, conforme tão bem acentuou VIVANTE [...]. Basta considerar que, sem a intervenção do juiz, seria impossível decidir pela resolução, nos casos de inexecução parcial. Somente por uma cláusula resolutiva expressa, contratada

¹³⁴ A rigor, na esteira do que destaca Ferrara, embora a cláusula resolutiva expressa decorra da autonomia privada, é a lei, evidentemente, que dota de eficácia a vontade das partes. Por essa razão, afirma o autor, não se pode dizer que é a vontade que produz os efeitos jurídicos decorrentes da cláusula, nem que a força geradora repousa apenas no ordenamento jurídico, mas, sim, que é a lei que autoriza a autonomia privada, a possibilitar que o negócio produza os efeitos jurídicos desejados pelas partes, atribuindo-lhe eficácia (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p.61). De todo modo, a cláusula resolutiva tácita decorre diretamente da lei, e em nada concorre a vontade das partes para sua incidência sobre o negócio.

no ato da estipulação, poderiam as partes circunscrever o evento, isto é: combinar a resolução para o caso de inadimplemento de uma '*determinata obbligazione*', segundo a linguagem do nodo Código italiano (art. 1.456) [...]. Quando as partes querem indicar concretamente certas modalidades particulares, cuja observância consideram essencial à eficácia do contrato, não dispõem de outro meio mais completo e mais seguro que o pacto comissório expresso.¹³⁵

Como cláusula acessória, a cláusula resolutiva expressa pode ser firmada no mesmo ato de celebração do negócio ou em momento posterior, por instrumento separado, aditando-se os termos originais da avença. A fixação posterior da cláusula pode se dar a qualquer tempo, desde que antes da verificação do suporte fático nela previsto. A cláusula resolutiva tácita, ao contrário, está presente desde a celebração do negócio, já que subentendida nos contratos bilaterais, conforme orientação tradicional majoritária da doutrina.

Do ponto de vista da operacionalidade, a mais relevante distinção reside no fato de a cláusula resolutiva expressa operar de pleno direito, vale dizer, independentemente de intervenção judicial, enquanto a tácita requer interpelação do Poder Judiciário: no primeiro caso, a resolução produz efeitos *de jure*; no segundo, verifica-se *officio judicis*. Trata-se de flagrante vantagem da primeira sobre a segunda, que permite às partes o exercício da autotutela nos termos convencionados, a oferecer solução mais célere e segura para a perturbação ocorrida no contrato. Nessa senda, como reconhece Cunha Gonçalves, a intervenção do Poder Judiciário se revela "muito inconveniente e embaraçosa para a rápida circulação mercantil; pois que a rescisão dos contratos, no caso de inexecução por uma das partes, não deve ser entravada pelas chicanas e morosidades forenses".¹³⁶

A cláusula resolutiva expressa é, ainda, instituto próximo ao pacto comissório,¹³⁷ que não consta do Código Civil de 2002, mas fora previsto no artigo 1.163 do Código Civil de 1916, nos seguintes termos: "Ajustado que se desfaza a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato ou pedir o preço". Determinava, ainda, seu parágrafo único: "Se,

¹³⁵ VALLE FERREIRA, José Gaenaert do. Resolução da compra e venda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.139, p.29-30, jan./fev. 1952.

¹³⁶ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. 2.ed. mel. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1950. p.215.

¹³⁷ Destaca os diversos sentidos da expressão "pacto comissório", ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956. p.121, nota de rodapé n.º 38. Adiante, tratar-se-á do pacto comissório celebrado com função de garantia.

em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda".

De acordo com Serpa Lopes, o pacto comissório traduzia-se na cláusula "por força da qual se opera a extinção dos direitos contratuais da parte contratante que não cumpre a sua prestação".¹³⁸ Na lição de Clovis Bevilacqua, "o pacto comissório não é mais do que uma cláusula resolutiva, que se subentende em todo contrato bilateral (art. 1.092), porém, que o art. 1.163 regula, especialmente, em relação à compra e venda, quando expresso, em proveito do vendedor".¹³⁹ Arnaldo Rizzardo destacava que "em termos amplos, o pacto comissório dá ao vendedor a opção entre rescindir a venda e exigir o preço".¹⁴⁰

Apesar da semelhança entre os institutos, que conferem ao credor o direito potestativo de optar entre resolver ou manter o contrato, não se cuida, em definitivo, da mesma figura. Ao pacto comissório, como facilmente se conclui, atribui-se âmbito de incidência bem mais restrito, pois limitado aos contratos de compra e venda, e ao descumprimento do vendedor, jamais do comprador. Talvez se possa afirmar a existência de relação de gênero (cláusula resolutiva expressa) e espécie (pacto comissório), mas nunca de identidade plena, tendo em vista as relevantes distinções existentes

Enquanto a resolução operada por força da cláusula resolutiva expressa depende, sempre, do exercício do direito potestativo pelo credor, o pacto comissório "modifica o sistema do Código, dando ao prazo um suplemento de dez dias para que se opere, de pleno direito, a resolução da venda".¹⁴¹ Vê-se, pois, que, não reclamado o preço no prazo de dez dias contado do vencimento da prestação, resolvia-se automaticamente o contrato, sem necessidade de qualquer interpelação do devedor, e tampouco da verificação, *in concreto*, da efetiva impossibilidade ou perda de interesse do credor na prestação.

Além disso, o pacto comissório se revestia de certo efeito penal, uma vez que, conforme ressalta Carvalho de Mendonça, resolvido o contrato, o comprador "não tem direito às arras nem à parte já paga do preço. Deve apenas compensar os frutos

¹³⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961. v.3. p.363.

¹³⁹ BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11.ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958. v.4. p.263-264.

¹⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Do pacto comissório. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.10, p.215, mar. 1983.

¹⁴¹ BEVILACQUA, op. cit., p.264.

com a porção do preço que já houver prestado".¹⁴² A cláusula resolutiva expressa não se reveste de qualquer viés sancionatório, e seu efeito restitutivo promove o retorno das partes ao *status quo ante*, impondo-lhes a devolução de tudo o que eventualmente hajam recebido por força do contrato resolvido.¹⁴³

Afirma-se, ademais, que é defeso celebrar o pacto comissório em contratos instituidores de garantias reais. A proibição, contudo, não se refere à cláusula resolutiva expressa, mas à pactuação, no ato constitutivo da garantia real, da faculdade de o credor se apropriar do objeto da garantia em caso de inadimplemento do contrato principal,¹⁴⁴ nos termos dos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil. Assenta a proibição na proteção do devedor e na preservação da aplicação do princípio da *par conditio creditorum*.¹⁴⁵

A vedação visa evitar que o credor se aproprie do objeto da garantia por quantia notavelmente inferior ao seu justo valor, em flagrante prejuízo do devedor, que teria o seu patrimônio diminuído. Busca-se proteger o "fraco contra o forte", a impedir "que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória".¹⁴⁶ A preocupação reside, com efeito, em não

¹⁴² CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 4.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. 1. p.349.

¹⁴³ Sobre o efeito restitutivo da resolução promovida pela cláusula resolutiva expressa, remete-se o leitor para o item 3.1.1.2, *infra*.

¹⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.4. p.282.

¹⁴⁵ "Diversos são os fundamentos do preceito que veda o pacto comissório; o principal deles continua a ser a proteção do devedor. Como na prática o credor exige como garantia um bem de valor substancialmente superior ao da dívida garantida, alega a maioria dos autores que, se fosse permitida a cláusula comissória, o devedor seria expropriado, de forma não comutativa, de um bem cujo valor seria superior ao da dívida não paga. Sustenta-se, ainda, em doutrina, que a *ratio legis* da vedação do pacto comissório encontra amparo também na defesa dos demais credores do devedor pignoratício. Nesse particular, defende-se que, para uma efetividade maior do princípio da *par conditio creditorum*, o devedor não pode ser desapossado de um bem cujo valor é superior ao da dívida; se de fato isso se verificasse, os demais credores do devedor pignoratício seriam lesados, pois o valor do bem que sobejasse a dívida garantida não poderia ser utilizado para o seu pagamento" (PENTEADO. Mauro Bardawil. *O penhor de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p.196).

¹⁴⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11.ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958. v.4. p.269. Affonso Fraga, por sua vez, identifica no pacto comissório um problema de desvio de função da garantia. Segundo o autor, a cláusula serviria, a rigor, para disfarçar uma "venda forçada ou condicional que se contrapõe e inutiliza a finalidade legítima das relações de segurança real" (FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia: penhor, antichrese e hypotheca*. São Paulo: Saraiva, 1933. p.121).

permitir que o credor, valendo-se de sua situação jurídica vantajosa, incorpore o bem ao seu patrimônio pelo saldo devedor.¹⁴⁷

A proibição tutela, outrossim, o princípio da *par conditio creditorum* porque, ao impedir a apropriação do bem pelo credor pelo valor da dívida, limita o montante do patrimônio do devedor sujeito ao privilégio creditório, em razão da garantia real, ao efetivo *quantum* da dívida, o que permite que eventual excedente apurado após a alienação em juízo retorne ao seu patrimônio, em benefício dos demais credores.

O problema, logo se percebe, não está na possibilidade de o credor se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, mas no valor pelo qual ocorre a apropriação. Ora, se não é a apropriação, *tout court*, que recebe a reprovação da ordem jurídica, basta que as partes elejam critério justo e imparcial de aferição do preço da coisa para que o credor possa incorporá-lo em definitivo a seu patrimônio. A propósito, Lafayette Pereira, após discorrer sobre a proibição do pacto comissório nos direitos reais de garantia, advertiu que "é permitido, porém, [...] estipular-se a venda da coisa ao credor pelo preço que for estimado por avaliadores".¹⁴⁸ A proibição do pacto comissório não impede, por conseguinte, que as partes lancem mão de peculiar instrumento de satisfação do crédito, designado pacto marciano.

Em breves palavras, consiste o pacto marciano no ajuste pelo qual as partes acordam, já no contrato que serve de título à constituição da garantia, a apropriação do objeto pelo credor diante do inadimplemento do débito pelo valor justo, precificado pelo mercado ou arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, mediante o pagamento da diferença entre o preço estipulado e o saldo devedor.

Se a lei restringe a autonomia privada dos contratantes ao proibir o pacto comissório pelos fundamentos aduzidos, o pacto Marciano, ao contrário, afigura-se plenamente legítimo.¹⁴⁹ Trata-se de mais uma forma de satisfação do crédito em

¹⁴⁷ "É ilícito o *pacto comissório*, estipulado *ab initio* ou *ex intervallo*, em qualquer das modalidades em que pode surgir, ou seja, o que, antes do vencimento da dívida, autoriza o credor a tornar-se proprietário pleno da coisa: a) pelo valor do débito; b) por preço ajustado; ou c) pelo valor que o credor estimar" (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.106, grifos no original).

¹⁴⁸ PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. p.397.

¹⁴⁹ Consoante reconheceu o Tribunal de Justiça São Paulo, em decisão da seguinte forma ementada: "O pacto comissório vedado pela ordem jurídica incide para coibir o abuso que se comete contra o devedor fragilizado pela dominação de seu credor e que, por essa superioridade, se apropria dos bens oferecidos em garantia do mútuo, caracterizando uma usurpação e que ganha status de ilegalidade pela completa ausência de correspondência entre o valor do bem e o

consonância com a legalidade constitucional, e cabe às partes, no exercício de sua autonomia privada, optar entre as alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico.¹⁵⁰

De todo modo, importa destacar, a essa altura, que a cláusula resolutiva expressa em nada se aproxima do pacto comissório como mecanismo de garantia, proscrito explicitamente do direito brasileiro.

Mais tormentosa é a distinção entre cláusula resolutiva expressa e condição resolutiva, caracterizada como o evento futuro e incerto destinado a "resolver o regulamento de interesses convencionado, isto é, a fazê-lo cessar com a sua verificação".¹⁵¹ Certamente, boa parte da dificuldade remonta ao tratamento pouco técnico que o legislador de 1916 atribuiu aos institutos.

A controvérsia já se inicia no tocante à efetiva distinção entre as figuras, em razão da redação do artigo 119 do Código Civil de 1916, segundo o qual "se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo

valor da dívida. É importante que se conste não ser ilegal o que se chama de pacto Marciano, valendo esclarecer o seu conteúdo nas palavras do Ministro José Carlos Moreira Alves (Da alienação fiduciária em garantia, Saraiva, 1973, p.127): 'Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano' (por ser defendido pelo jurisconsulto romano Marciano e confirmado em rescrito dos imperadores Severo e Antonino). Por esse pacto, se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiros" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo n.º 9103689-29.2008.8.26.0000*. Relator: Des. Enio Zuliani. Julgamento: 27/08/2009. Órgão Julgador: 4.ª Câmara de Direito Privado).

¹⁵⁰ Acerca da possibilidade de utilização do pacto marciano nos contratos de alienação fiduciária em garantia, seja consentido remeter a GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v..4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Guedes-e-Terra-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015. Confira-se, nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Se, porém, no contrato de alienação fiduciária em garantia, as partes tiverem estipulado um pacto Marciano – que, como acentuado na Primeira Parte, Cap. 3, n. 1, é lícito –, não solvida a dívida em seu vencimento, pode o credor tornar-se proprietário pleno dela, pagando ao alienante o seu justo valor, que, ou já foi estimado por terceiro antes de vencido o débito, ou o será posteriormente ao não pagamento. Outorgando o pacto Marciano ao credor uma faculdade, não está este adstrito a tornar-se proprietário pleno da coisa pelo valor estimado. Se quiser, poderá renunciá-la, não perdendo, por isso, a faculdade de vender a coisa, judicial ou extrajudicialmente, a terceiro, como lhe permite a qualidade de proprietário fiduciário. Poderá ocorrer, entretanto, que o credor, no contrato de alienação fiduciária em garantia, ao invés de se haver reservado a faculdade de se tornar proprietário pleno da coisa pelo justo valor, a isso se tenha obrigado (estipulação que igualmente é lícita). Nessa hipótese, se ele não cumprir a obrigação e vender a coisa a terceiro, valendo-se da faculdade que tem como proprietário fiduciário, não poderá o alienante impedir essa venda. Mas, se o preço nela alcançado for inferior ao estimado pelo terceiro, responderá o credor, em face do alienante, pela diferença, a título de perdas e danos pelo não cumprimento da obrigação decorrente do pacto estipulado entre eles" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC com Revisão 001.12.075800-2*. Relator Des. Romeu Ricupero. Julgamento: 31/01/2008. Órgão Julgador: 36.ª Câmara de Direito Privado).

¹⁵¹ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. v.1. p.94.

exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe", e de seu parágrafo único que dispunha que "a condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo".

Clovis Bevilacqua, em comentário ao referido parágrafo único, asseverou que a *condição* resolutiva tácita está subentendida em todos os contratos sinalagmáticos, devendo ser

posta em relevo pela intervenção do poder judiciário, para que se não possa alegar surpresas. A resolutória expressa está no conhecimento do interessado, consta do título, em que se funda o seu direito, nenhuma dúvida pode suscitar. Dispensa a intervenção do poder judiciário, e opera por si, de pleno direito.¹⁵²

Na mesma direção, Francisco dos Santos Amaral Neto parece equiparar os institutos, ao afirmar que

A condição suspensiva tem de ser expressa. A resolutiva pode ser expressa ou tácita. No primeiro caso, opera de pleno direito; no segundo, por interpelação judicial, pois a parte reclamante pode optar entre o cumprimento e a resolução do contrato; a escolha da segunda hipótese se manifesta por interpelação. Tal regra é importante nos contratos bilaterais, cuja interdependência de obrigações fundamenta a resolução do contrato por inadimplemento. Presume-se a existência de condição resolutiva, pela qual o descumprimento da obrigação de uma parte autoriza a outra a pedir ao juiz o cumprimento ou a resolução do negócio jurídico.¹⁵³

¹⁵² BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12.ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1959. v.1. p.301. João Luiz Alves alinha-se nesse sentido, ao comentar o mesmo dispositivo do Código revogado: "Nos contratos bilaterais, há condição resolutiva tácita, quando uma das partes se recusa ou não pode cumprir a sua prestação, pelo que pode a outra pedir a resolução da própria obrigação (art. 1092)" (ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v.1. p.207).

¹⁵³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.96-97. No mesmo sentido, Silvio Rodrigues, ao comentar o artigo 127 do Código Civil de 2002, afirma: "Convém notar que o legislador imagina a existência de uma condição resolutiva em todos os contratos bilaterais. *Contrato bilateral* é aquele que envolve prestações recíprocas de ambas as partes. Poder-se-ia mesmo dizer que, nos contratos bilaterais, a prestação de um contratante tem por causa e razão de ser a prestação do outro. Posto isso, pressupõe a lei que em tais convenções exista sempre, expressa e tácita, uma condição resolutiva posta mais ou menos nestes termos: *o contrato se resolverá se uma das partes não fornecer sua prestação*. Portanto, ocorrendo o inadimplemento de um contratante, pode o outro pedir a rescisão do ajuste e a composição de seu prejuízo (CC, art. 475)" (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1. p.251, grifos no original).

Outros autores, entretanto, já apontavam o equívoco do legislador de 1916, ratificando cuidar-se, a condição resolutiva e a cláusula resolutiva, de institutos diversos, a exemplo de Pontes de Miranda, segundo o qual:

Não há condição resolutiva na resolução do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil. Não há condição. Há atribuição legal de escolha, que tem o devedor: ou exige, forçadamente, a prestação, ou resolve o contrato (= exerce, contra o devedor, a pretensão à resolução ou à rescisão). Não se pode afirmar que o direito legal de resolução ou de rescisão por inadimplemento tenha provindo do uso da condição, donde a fase intermédia da condição tácita.¹⁵⁴

A rigor, a confusão do Código de 1916 deita raízes na disciplina legal que lhe serviu de inspiração, o artigo 1.184 do Código Civil francês.¹⁵⁵ Como já observava Serpa Lopes ao discorrer a respeito da cláusula resolutiva, “essa espécie de condição” – que “não pode ser enquadrada dentro no conceito de condição propriamente dita, visto que a condição resolutória tácita é uma decorrência da lei e depende, para sua eficácia, de nova declaração” –, “corresponde exatamente ao preceito do art. 1.184 do Código Civil francês, que a subentende nos contratos sinalagmáticos, quando uma das duas partes não venha a satisfazer a sua obrigação, caso em que, não ficando o contrato resolvido de pleno direito, cabe ao

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p.338.

¹⁵⁵ "Art. 1.184. *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

Em tradução livre: "A condição resolutiva está sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, para as hipóteses nas quais uma das partes não adimplir satisfatoriamente sua obrigação. Nesses casos, o contrato não será resolvido de pleno direito. A parte em prejuízo da qual a prestação não foi devidamente executada tem a opção de exigir da outra a execução da prestação no momento oportuno, ou exigir a resolução acrescida de perdas e danos. A resolução deve ser pleiteada judicialmente, e pode ser concedida ao réu uma dilação de prazo, conforme as circunstâncias."

"Art. 1.183. *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.*

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive."

Em tradução livre: "A condição resolutiva é aquela que, uma vez implementada, opera a revogação da obrigação, e que restitui as coisas ao mesmo estado em que se encontrariam caso a obrigação não tivesse existido. Ela não suspende a execução da obrigação; ela somente obriga o credor a restituir aquilo que recebeu, nos casos em que o evento previsto pela condição se implementa."

credor ou forçar o devedor à execução da obrigação ou pedir a resolução do contrato, mediante perdas e danos".¹⁵⁶

Apesar da viva controvérsia que reinava sob a égide do Código revogado, condição resolutiva e cláusula resolutiva se distinguem por diversos aspectos. Em primeiro lugar, a condição resolutiva decorre da vontade das partes, enquanto a cláusula resolutiva pode ser fruto da autonomia privada, quando expressa, ou resultar de disposição legal, quando tácita. Posto isso, afasta-se, peremptoriamente, dentre outras razões, a qualificação do inadimplemento da prestação no âmbito de contrato bilateral, previsto no artigo 474 do Código Civil, como condição resolutiva tácita.¹⁵⁷ Na realidade, a condição resolutiva, prevista nos artigos 127 e 128 do Código Civil, não comporta qualquer modalidade tácita, só expressa.¹⁵⁸

Sob o aspecto estrutural, a condição resolutiva constitui elemento accidental do negócio jurídico, uma vez que não integra o tipo abstrato do negócio, mas é aposta, no concreto regulamento de interesse, pela vontade das partes. A accidentalidade decorre, como aponta Cariota Ferrara, justamente, do "*potere essere e non essere*".¹⁵⁹ não é a lei, mas as partes, no exercício da autonomia privada, que a fazem constar do contrato. E, uma vez incluída no ajuste, cessa a accidentalidade, e transmuda-se a condição em elemento essencial do negócio celebrado.¹⁶⁰ Significa, em verdade,

¹⁵⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 8.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v.1. p.496.

¹⁵⁷ No direito português, por vezes classifica-se a cláusula resolutiva tácita como condição imprópria: "É muito frequente falar-se de *conditiones iuris*, ou condições legais. [...] Mas, não obstante a semelhança de estrutura, não há cláusula acessória, pois não é estabelecida pela vontade das partes. Modalidade de *conditio iuris* seria a *condição resolutiva tácita*. Nos contratos sinalagmáticos, se uma das partes não cumprir, a outra parte pode pôr termo ao contrato. Não nos podemos ocupar aqui dos problemas hoje suscitados por esta figura. Mas para já, semelhante 'condição' não opera automaticamente, ao contrário do que se passa nas condições verdadeiras" (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria geral: acções e factos jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v.2. p.346, grifos no original). No mesmo sentido: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 8.ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2000. p.282.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.259.

¹⁵⁹ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p.116. Em tradução livre: "poder ser ou não ser".

¹⁶⁰ A mesma advertência é feita no âmbito do ordenamento jurídico espanhol, que também classifica a condição como elemento accidental do negócio jurídico: "*Esta denominación, sin embargo, es inexacta y no refleja la verdadera significación de las mencionadas categorías, Hay que tener en cuenta, en efecto, que, [...] en cualquier caso, los llamados elementos accidentales del negocio lo son solamente en el sentido de que pueden introducirse o no en el contenido negocial a voluntad de los interesados, pero que cuando se introducen son constitutivos del negocio concreto de que se trata [...] y, en este aspecto, han de considerarse como esenciales respecto del mismo*" (LACRUZ

que os elementos objetivamente acidentais são subjetivamente essenciais.¹⁶¹ Daí o porquê de a inserção de condição resolutiva ilícita ou de fazer coisa ilícita, incompreensível ou contraditória, conduzir à invalidade de todo o negócio (art. 123, II e III, CC), e não apenas da condição resolutiva.¹⁶² A condição não é, pois, disposição acessória do negócio principal, mas parte incindível de um único negócio jurídico.¹⁶³

Por outro lado, a cláusula resolutiva, esta sim, encerra cláusula ou disposição acessória do contrato: é inserida pela autonomia privada e conserva, durante todo o desenrolar da relação jurídica, a característica da acessoriedade;¹⁶⁴ é disposição que opera no plano da eficácia, e segue o princípio da gravitação jurídica, pelo que eventual vício da cláusula não afeta a existência ou validade do contrato.

No que tange ao suporte fático objetivo, a condição resolutiva requer que o evento futuro e incerto seja externo ao negócio, e por isso não pode corresponder nem a elemento essencial do contrato, nem a momento típico do desenvolvimento do vínculo obrigacional.¹⁶⁵ O evento há de constituir fato estruturalmente autônomo, a

BERDEJO, José Luis et al. *Elementos de derecho civil: Parte general - Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. 3.ed. rev. e atual. Madrid: Dykison, 2005. v.3. p.208).

¹⁶¹ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p.116.

¹⁶² No direito português, destaca Menezes Cordeiro: "A condição aparece, em termos formais, como algo *autônomo*, isto é, como um *aditivo* introduzido num determinado conteúdo negocial. Mas tal deve-se, apenas, à limitação da linguagem humana, obrigada a recorrer a perífrases para traduzir algo que, afinal, tem natureza unitária. De resto, a condição está sujeita à mesma forma do contrato em que se insira. Não já, pois, uma vontade de certo efeito e, depois, nova vontade de o subordinar a determinado evento; há, antes uma vontade única, mas condicional. Resulta daí que todo o conteúdo do negócio condicionado fica, por igual, tocado pela condição, com claros reflexos no regime. E designadamente: a invalidade duma condição acarreta a invalidade de todo o negócio (*vitat et vitatur*)" (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1. p.718, grifos no original).

¹⁶³ De acordo com Francisco Amaral, "a condição não é acessória, mas elemento integrante do negócio" (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.464).

¹⁶⁴ Sicchiero, ao tratar da estrutura da cláusula resolutiva expressa no direito italiano, destaca que "*il patto in esame costituisce un elemento del regolamento contrattuale, una clausola appunto e ciò lo distingue ontologicamente dalla condizione, che invece è clausola solo formalmente, in quanto rappresenta il modo di essere del contratto stesso, un accordo disegnato dalla sua subordinazione all'evento condizionante*" (SICCHIERO, Gianluca. *La risoluzione per inadempimento: arts. 1.453-1.459*. Milano: Giuffrè, 2007. p.601). Em tradução livre: "o pacto em exame constitui um elemento do regulamento contratual, exatamente uma cláusula, e isso o diferencia ontologicamente da condição, que, ao contrário, é cláusula apenas formalmente, pois representa o modo de ser do próprio contrato, um acordo desenhado pela sua sub-ordenação ao evento condicionador".

¹⁶⁵ Como observa Lenzi, "*il concetto di estrinsecità coincide quindi ed è esplicativo del concetto di accidentalità, nel senso di un elemento ulteriore che si innesta nello schema normativo della fattispecie e contribuisce alla realizzazione degli effetti che gli elementi essenziali, da soli, secondo il programma negoziale, non sono sufficienti a realizzare*" (LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela: l'adempimento dedotto in condizione*. Milano: Giuffrè, 1996. p.17). Em tradução livre: "o conceito de ser extrínseco coincide, portanto, e é explicativo, ao conceito de

operar externamente ao negócio,¹⁶⁶ não se relacionando diretamente à realização do programa negocial.¹⁶⁷ E é por essa razão, que o inadimplemento não constitui evento idôneo a figurar no contrato como condição resolutiva,¹⁶⁸ conforme afirma Santoro-Passarelli: "*l'inadempimento non può essere dedotto neppure in condizione risolutiva espressa, o vera e propria, appunto perchè attiene al funzionamento del negozio*".¹⁶⁹

A cláusula resolutiva expressa, ao contrário, contempla eventos já alocados pela lei entre as partes e cujos efeitos se busca alterar, eventos inerentes ao contrato – inexecuções de obrigações que conduzem ao inadimplemento absoluto e vício redibitório – ou a ele internalizado pela autonomia privada dos contratantes – caso fortuito e força maior.¹⁷⁰ Neste último caso, mostra-se indispensável que o risco

ser acidental, no sentido de um outro elemento que se insere no esquema normativo da *fattispecie* e contribui para a realização dos efeitos que os elementos essenciais não têm condição de realizar por si só, conforme o programa negocial". Na mesma direção, confira-se GIACOBBE, Emanuela. Gli elementi accidentali: la condizione. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Dir.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.418.

¹⁶⁶ Sobre a condição resolutiva, afirma Falzea: "*L'evento quindi trova nell'atto solo il suo presupposto, ma ad esso si contrappone come fattispecie strutturalmente autonoma*" (FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1941, p.245). Em tradução livre: "O evento, portanto, encontra no ato apenas seu pressuposto, mas a ele se contrapõe como *fattispecie* estruturalmente autônoma".

¹⁶⁷ Serve a ilustrar o que se afirma o seguinte exemplo: o colecionador A, em penúria financeira, vende para seu amigo B todos os seus quadros. No entanto, sabendo que é um dos herdeiros contemplados no testamento de sua tia, já idosa, inclui no contrato cláusula segundo a qual se, nos dois anos seguintes, vier a receber a herança, o contrato se resolverá. Trata-se, indiscutivelmente, de evento futuro, incerto e externo à compra e venda que, por si só, não produziria qualquer efeito resolutivo sobre o contrato. A sua relevância para o negócio decorre, única e exclusivamente, do fato de as partes terem sujeitado o contrato a essa condição.

¹⁶⁸ RESCIGNO, Pietro. Condizione (Dir. vig.). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè. v.8. p.799. Em sentido contrário, admitindo, portanto, que as próprias partes qualifiquem o cumprimento de uma das obrigações que caracteriza determinado tipo contratual, como o pagamento do preço na compra e venda, como condição resolutiva (GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tradução de Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p.166).

¹⁶⁹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9.ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012. p.199. Em tradução livre: "o inadimplemento não pode ser deduzido nem mesmo em condição resolutiva expressa, ou verdadeira, exatamente porque diz respeito ao funcionamento do negócio".

¹⁷⁰ Este estudo pretende analisar a cláusula resolutiva expressa, mecanismo de gestão dos riscos contratuais, razão pela qual os eventos passíveis de servir ao seu suporte fático se circunscrevem a obrigações atribuídas às partes, ou a riscos expressamente assumidos pelos contratantes ou a eles já atribuídos pela teoria legal dos riscos. No entanto, entende-se plenamente legítima a pactuação pelos contratantes, com base na sua autonomia privada, de cláusulas resolutivas por meio das quais se estabeleça a resolução da relação obrigacional diante da verificação ou constatação de qualquer outro evento, além desses que interferem diretamente no programa econômico do contrato e que conformam, portanto, a cláusula resolutiva expressa, desde que não se trate de eventos qualificados como condição. Quer isso significar, portanto, que qualquer evento que não se qualifique como condição pode ser eleito pela autonomia privada como passível de resolver a relação, como um evento passado, por exemplo. Nessa senda, confira-se o que afirma Durval Ferreira acerca da impossibilidade de fatos passados figurarem como condição, o que não afasta a possibilidade de as partes lhes atribuírem consequências no âmbito contratual: "[...] a doutrina dominante não põe

tenha sido expressamente assumido por um dos contratantes, e que a sua superveniência conduza à impossibilidade ou inutilidade da prestação, consoante o concreto regulamento de interesses. Em definitivo, se o evento futuro e incerto não se relaciona, de forma alguma, com qualquer obrigação imposta contratualmente às partes, e tampouco se refere aos riscos partilhados pelos contratantes de forma expressa no negócio e que interferem na consecução do resultado útil programado, tratar-se-á, de regra, de condição resolutiva, e não de cláusula resolutiva expressa.

Um exemplo permitirá melhor visualizar a distinção. Imagine-se um contrato de permuta em que A transfere seu terreno à incorporadora B, em troca de quatro unidades autônomas não identificadas do edifício a ser construído. Como o incorporador ainda não obteve o financiamento necessário à construção do empreendimento, o permutante faz constar do contrato cláusula segundo a qual a não obtenção do financiamento, até certa data, com a instituição financeira X, resolverá o contrato. Trata-se de condição resolutiva, uma vez que a não obtenção do financiamento até a data ajustada é evento externo ao negócio, cuja verificação, não fosse a cláusula condicional, não seria apta a afetar a eficácia do contrato.

em causa que factos presentes ou passados não possam ser representados ou garantidos por declarações expressas do negócio; e, que da sua não existência real – a verificar posteriormente – não resultem consequências relevantes para o regime negocial. O que não se tratará, todavia, é dum negócio condicional [...]. Como se trata de factos presentes ou passados as partes podem indagar da sua existência antes da celebração do negócio; ou se deixam a verificação para depois, deve esta ter um prazo ou ser exigível a uma das partes fixá-lo; bem como a invocação da falha deve ter prazos de alegação desde o seu conhecimento e o regime de eventual resolubilidade será o regime geral e não o regime específico e mais forte do negócio condicional" (FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional*. Coimbra: Almedina, 1998. p.164). A fim de ilustrar o que se afirma, pense-se em um contrato de locação de casa de festas para a realização de casamento. Imagine-se que o local oferece três tipos de serviço de jantar, com os fornecedores A, B e C. A noiva apenas aceita celebrar o contrato se o fornecedor C puder realizar o serviço. No entanto, o funcionário responsável pelo agendamento dos fornecedores está de férias, e não é possível, até que ele retorne ao trabalho, verificar a efetiva disponibilidade do fornecedor escolhido na data desejada. Temerosa de perder a data desejada caso não assine de imediato o contrato, mas irredutível quanto ao serviço de jantar que deseja oferecer, a noiva celebra o contrato de locação, mas faz constar cláusula segundo a qual o contrato se resolverá automaticamente se o fornecedor C já tiver assumido outros compromissos na mesma data, e não puder atendê-la. Nesse caso, o evento não é futuro nem incerto, mas passado e de incerteza relativa, já que desconhecido apenas pelas partes, razão pela qual não pode ser qualificado como condição. Trata-se, inequivocamente, de cláusula decorrente da autonomia privada, que resolve os efeitos da relação obrigacional diante da comprovação da ocorrência do evento nela inserido. A cláusula resolutiva expressa encerra, portanto, espécie do gênero cláusula resolutiva, cujo conteúdo pode ser livremente pactuado pelas partes, desde que não abarque os eventos futuros e incertos qualificados como condição. Nessa direção, no direito italiano: NOCERA, Ivan Libero. Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, v.26, n.3, p.243, mar. 2010.

Por outro lado, se houvesse no contrato cláusula pela qual o incorporador assumisse a responsabilidade de obter o financiamento, até certa data, com a instituição financeira X, transmudar-se-ia um evento futuro, incerto e externo ao negócio, em uma obrigação do incorporador. Essa previsão internaliza no contrato o evento, bem como o risco de não obtenção do financiamento, que passa a ser expressamente assumido pelo incorporador. Pode ser que, no concreto programa contratual, a não obtenção do financiamento no prazo ajustado comprometa seriamente a viabilidade financeira do empreendimento, rompendo o sinalagma inicialmente ajustado. Nesse cenário, a atribuição ao incorporador da obrigação referida, altera a qualificação da previsão resolutiva, e a transforma em cláusula resolutiva expressa.

Constata-se, pelo exemplo formulado, que há uma zona de possível intercessão entre a cláusula resolutiva expressa e a condição resolutiva, no que tange ao suporte fático: alguns eventos futuros e incertos, hodiernamente qualificados como condição por serem externos ao negócio, podem servir de suporte fático à cláusula resolutiva expressa desde que internalizados à relação por meio da assunção expressa do risco da sua não ocorrência por uma das partes, e que assumam especial relevância na economia contratual.

Cabe, com efeito, à autonomia privada disciplinar os eventos futuros e incertos de acordo com os interesses em jogo, razão pela qual a qualificação da cláusula como condição resolutiva ou cláusula resolutiva expressa há de ser feita, necessariamente, em concreto.¹⁷¹

De todo modo, constatada a ocorrência do suporte fático da cláusula resolutiva expressa ou implementada a condição resolutiva, resolve-se a relação jurídica. No primeiro caso, mister, de regra, a declaração do credor dirigida à resolução.¹⁷² Na segunda situação, a resolução é automática, independente do conhecimento ou da vontade das partes.¹⁷³ Inútil, portanto, a oposição dos contratantes à resolução, que se opera instantaneamente; caso as partes desejem retomar a

¹⁷¹ Sobre o processo de qualificação, confira-se KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

¹⁷² A respeito da possibilidade de a cláusula resolutiva produzir seus efeitos automaticamente, confira-se o item 2.3, *infra*.

¹⁷³ A distinção é feita na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 713379720108260002. Relator: Des. Francisco Loureiro. Julgamento: 25/10/2012. Órgão Julgador: 6.^a Câmara de Direito Privado.

relação contratual resolvida, deverão celebrar novo contrato.¹⁷⁴ Tudo se passa de forma mais simples e célere do que ocorre na cláusula resolutiva expressa. Em ambas as situações, a resolução conduz à ineficácia do negócio.¹⁷⁵

Tratando-se de cláusula resolutiva, o efeito restitutivo da resolução impõe aos contratantes o retorno ao *status quo ante*, exigindo, inclusive, a devolução dos frutos eventualmente percebidos independentemente da boa ou má-fé das partes, e tende a operar *inter partes*, salvo se ao terceiro eventualmente atingido pelo negócio foi dado conhecer a existência da cláusula.¹⁷⁶

Por outro lado, por força da aplicação artigo 128 do Código Civil, a retroatividade da condição resolutiva se restringe aos atos incompatíveis com a verificação do evento futuro e incerto. Sob a égide do Código Civil de 1916, Cunha Gonçalves já sustentava que se o possuidor de boa-fé não tem a obrigação de restituir os frutos, com muito mais razão não a tem o comprador sob condição resolutiva, que não possui coisa alheia, mas, sim, coisa própria. "Por isso", afirmava o autor, "a restituição é limitada só à coisa e ao seu preço, pois só êstes foram os objectos do contrato".¹⁷⁷ Logo, o implemento da condição resolutiva

¹⁷⁴ No direito brasileiro, prevalece o entendimento segundo o qual a automaticidade dos efeitos do implemento da condição resolutiva é da essência da condição, e não podem as partes dispor em contrário, como aponta Carvalho Santos: "[...] é princípio incontestável, consequência da resolução de pleno direito, que verificado o implemento da condição resolutiva, não podem as partes renunciar à resolução, o que vale dizer que não lhes é lícito considerar ainda em vigor o contrato, que, em princípio, é havido como nunca tendo existido. De sorte que as partes só poderão restabelecer as relações de direito entre elas, por via de um novo contrato, sem nenhuma referência ao primeiro, que em hipótese alguma pode ser revigorado" (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v.8. p.397). Pontes de Miranda, no entanto, parece admitir o afastamento dessa automaticidade por vontade das partes, ao discorrer sobre o nascimento do direito expectado diante do implemento da condição suspensiva: "De regra, com o implemento da condição, nasce o direito expectado. Se se quer que tal direito nasça ao ter o outorgante ciência do implemento, ou ter-lhe sido comunicado, tal cláusula terá de ser explicitamente manifestada" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5. p.172). Sobre discussão travada, no âmbito do direito italiano, acerca da possibilidade de, diante do implemento da condição resolutiva, o contratante renunciar aos efeitos da resolução: ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.387.

¹⁷⁵ Embora seja amplamente dominante o entendimento esposado, não está de todo abandonada a tese segundo a qual a condição aniquila a própria existência do negócio; a condição se relacionaria, então, à relevância jurídica, e não apenas à eficácia do negócio, de modo que a vontade negocial dependeria do evento futuro e incerto. Sobre a discussão, remete-se o leitor a FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1941. p.249. Sobre a ineficácia resultante da cláusula resolutiva expressa, confira-se a nota de rodapé n.º 61, *supra*.

¹⁷⁶ Sobre o efeito restitutivo da resolução, remete-se o leitor para o item 3.1.1.2, *infra*.

¹⁷⁷ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. 2.ed. mel. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1950. p.214.

não faz reverter as partes, em absoluto, à situação anterior como se o contrato nenhum efeito houvesse produzido, o que até seria impossível, porque até à realização do facto condicional, o comprador foi o verdadeiro proprietário da coisa; e esta situação tem de surtir, até êsse momento, todas as suas consequências, entre as quais a de lhe pertencerem os frutos.¹⁷⁸

Quanto aos terceiros, também se afigura imprescindível para que sofram os efeitos do implemento da condição resolutiva que tivessem, ou devessem ter, conhecimento da sua aposição ao negócio, a exemplo do que se passa na cláusula resolutiva, "pois do contrário, é *res inter alios acta*, que aos terceiros *neque nocet neque prodest*".¹⁷⁹

Por fim, a resolução proveniente da cláusula resolutiva expressa permite ao credor, além de recuperar o que eventualmente houver prestado, pleitear indenização por perdas e danos, efeito inexistente no âmbito da resolução decorrente do implemento de condição.¹⁸⁰

Em conclusão, trata-se a cláusula resolutiva expressa de instituto diverso da cláusula resolutiva tácita, do pacto comissório e da condição resolutiva. A despeito dos eventuais pontos de confluência, as distinções apontadas permitem afirmar a independência dogmática da cláusula resolutiva expressa, o que conduz, inevitavelmente, à necessidade de identificação de um regime jurídico próprio, compatível com a função a que o instituto se destina a desempenhar.

1.5 O legítimo exercício da autonomia privada na confecção da cláusula resolutiva expressa

¹⁷⁸ CUNHA GONÇALVES, loc. cit. Essa também é a orientação de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.1. p. 475.

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.1. p. 475. No direito espanhol, confira-se Lacruz Berdejo: "el efecto retroactivo del cumplimiento de la condición no puede alcanzar a las posiciones jurídicas e, particularmente, a los derechos adquiridos legítimamente, durante la pendencia de aquélla, por terceras personas actuantes de buena fe" (LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. *Elementos de derecho civil*: Parte general - Derecho subjetivo. Negocio jurídico. 3.ed. rev. e atual. Madrid: Dykison, 2005. v.3. p.221).

¹⁸⁰ Acerca da indenização cabível diante da resolução decorrente de cláusula resolutiva expressa, confira-se o item 3.1.1.3, *infra*.

Conforme demonstrado, a cláusula resolutiva expressa, manifestação genuína da autonomia privada, permite a distribuição de riscos contratuais de acordo com os interesses das partes, não se limitando àqueles relativos ao inadimplemento. Os contratantes, no exercício da autonomia privada, definem, de comum acordo, os riscos cuja verificação reputam grave o suficiente a ensejar a resolução do contrato.

Por essa razão, o aspecto de maior relevância, a esta altura, reside em verificar os parâmetros pelos quais as partes devem se pautar ao redigir a cláusula resolutiva expressa. O mero consenso na definição do seu conteúdo, conquanto seja um aspecto fundamental, não lhe garante a legitimidade necessária ao seu merecimento de tutela. Não basta, portanto, a conformidade procedimental na elaboração da cláusula, a constatação de que o seu teor resultou da vontade livre, informada e consciente de ambas as partes; é indispensável averiguar sua adequação à economia contratual, tomando como parâmetro a boa-fé objetiva, sob pena de se produzirem cláusulas distorcidas, e, por isso, inválidas.

Qualquer que seja o suporte fático da cláusula resolutiva expressa, a investigação a respeito da legitimidade da autonomia privada na sua elaboração requer a análise sistemática do contrato, avaliando a cláusula no contexto negocial unitário, em cotejo com todas as demais disposições contratuais. O exame não prescinde da consideração do programa contratual e dos concretos interesses perseguidos pelas partes. Imperativo considerar que a cláusula resolutiva encerra uma das várias peças do intrincado quebra-cabeças que é o arranjo negocial, de modo que apenas partindo da visão global do ajuste é possível ter a exata noção dos reais termos do regulamento de interesses e, conseqüentemente, da efetiva conformação da cláusula à legalidade constitucional.

Nessa esteira, passa-se a analisar os eventos passíveis de integrar o suporte fático da cláusula resolutiva expressa, bem como os parâmetros pelos quais as partes devem se pautar para elegê-los. A investigação se concentra, por ora, na validade do conteúdo clausulado, a ser empreendida a despeito de qualquer consideração relativa à sua efetiva execução. Uma segunda investigação, igualmente relevante, refere-se à concreta atuação da cláusula. Nessa etapa, a ser implementada no segundo capítulo desta tese, o objeto da análise é a aferição da efetiva configuração do suporte fático da cláusula resolutiva expressa, a autorizar o credor a optar entre resolução ou execução pelo equivalente.

1.5.1 A obrigação submetida à cláusula resolutiva expressa

A elaboração da cláusula resolutiva expressa pressupõe a avaliação das partes sobre a relevância das obrigações assumidas no contexto do escopo econômico do contrato; a inclusão da obrigação no suporte fático indicará que o seu cumprimento é indispensável para a consecução do resultado útil programado e, por conseguinte, para a realização do programa negocial. Significa, em definitivo, que os contratantes, de comum acordo, reconhecem que a sua inexecução fere, irremediavelmente, o interesse do credor na prestação.¹⁸¹

Apesar de a avaliação a respeito da relevância da obrigação caber prioritariamente às partes que, melhor do que ninguém, sabem os termos em que a prestação deve ser adimplida para que seja capaz de satisfazer aos seus interesses, ela não está imune a controle de legitimidade.

Ao estabelecer a concreta disciplina contratual, as partes devem ser precisas na indicação dos exatos termos em que as obrigações hão de ser executadas. Algumas dessas obrigações assumem maior relevância no contexto negocial, e se afiguram essenciais à consecução do escopo econômico do contrato, de modo que sua inexecução configura inadimplemento absoluto. Outras, por sua vez, posto que relevantes para a execução da prestação devida, revestem-se de caráter secundário, e sua inexecução não é capaz de comprometer a satisfação do interesse do credor.

A obrigação passível de constar do suporte fático da cláusula resolutiva expressa é, pois, aquela essencial,¹⁸² imprescindível para a realização da função econômico-individual do negócio. Não obstante a inclusão da obrigação na cláusula conduza à presunção de sua essencialidade, não se afasta a possibilidade de se

¹⁸¹ Por outro lado, reconhece-se também aos contratantes a possibilidade de estabelecer que o inadimplemento de uma determinada obrigação, normalmente considerada essencial para a produção do resultado útil programado, não ensejará a resolução da relação obrigacional. Admitindo a possibilidade no direito italiano, ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.97.

¹⁸² De acordo com Trimarchi, "*la clausola risolutiva espressa si deve riferire a obbligazioni e a modalità di adempimento determinate, alle quali le parti attribuiscono carattere di essenzialità*" (TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010. p.69). Em tradução livre: "A cláusula resolutiva expressa deve se referir a obrigações e modalidade de adimplemento determinadas, às quais as partes atribuem caráter de essencialidade".

aferir sua efetiva relevância no concreto regulamento de interesses.¹⁸³ Em consequência, releva, além do tipo contratual escolhido pelas partes, o escopo prático concretamente perseguido, uma vez que será essencial aquela obrigação indispensável a promover a utilidade buscada pelo credor com a prestação, de acordo com o programa contratual. A essencialidade não é característica ontológica de determinadas obrigações em certos tipos contratuais, mas decorre de seu relevo no contexto da específica relação negocial, de sua importância para o atingimento da finalidade perseguida pelas partes.

Conforme destaca Rafael Verdera Server, a resolução é posta a serviço da autonomia privada para controlar a correspondência no tempo entre os efeitos programados pelas partes e os efeitos efetivamente produzidos pela operação econômica pactuada. Por essa razão, a obrigação deve assumir, no concreto contexto contratual, especial relevância, de sorte que seu inadimplemento constitua *"un'alterazione tale da non consentire più la realizzazione della funzione economica del contratto e, di conseguenza, una situazione che rende privo di giustificazione il vincolo contrattuale"*.¹⁸⁴ Nessa direção, conclui o autor, a respeito dos limites impostos à autonomia privada:

*Questi limiti [...] vanno rigorosamente rinvenuti nel risultato e nella modalità espressamente prese in considerazione dai contraenti e qualificati, in tal modo, come essenziali; non invece nell'inattuazione di qualsiasi obbligazione del contratto o in qualsiasi violazione dell'obbligo preso in considerazione dalle parti.*¹⁸⁵

Com efeito, o ponto fulcral desta análise reside, uma vez mais, na atenção dada ao caso concreto: não importa que, em abstrato, a obrigação seja considerada de pouca importância, uma simples obrigação acessória, ou mero dever de conduta;

¹⁸³ É o que argumentam, também, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza: "Ademais, há de sempre se ter em vista o princípio da boa-fé objetiva, bem como a justiça comutativa, pelo que não deverá ser reconhecida a validade de cláusula resolutiva que admita a resolução do contrato por descumprimento de obrigação de reduzida importância" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.119).

¹⁸⁴ SERVER, Rafael Verdera. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. Padova: CEDAM, 1994. p.95. Em tradução livre: "uma alteração que não mais consentiria a realização da função econômica do contrato e, por consequência, uma situação que torna sem justificação o vínculo contratual".

¹⁸⁵ Ibid., p.271. Em tradução livre: "Estes limites [...] devem rigorosamente ser encontrados no resultado e na modalidade expressamente levada em consideração pelos contratantes, e

imprescindível é que, no âmbito do específico regulamento de interesse, assuma relevância ímpar para a plena realização do programa contratual.¹⁸⁶ Daí se conclui, sem qualquer dificuldade, que mesmo uma obrigação não essencial a certo tipo contratual pode ser elevada à categoria de essencial no contexto da específica relação.¹⁸⁷

Decisão paradigmática nesse sentido foi proferida pela 19.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que se examinava a relevância da obrigação do vendedor de entregar os manuais originais do veículo marca Jeep, modelo Wrangler, seminovo, com as anotações de revisões feitas pelo proprietário anterior. O vendedor cumpriu a obrigação de entregar o veículo e, com ele, entregou manuais genéricos – em branco, sem os carimbos da revisão –, referentes à marca e ao modelo do carro adquirido. A compradora pleiteou a resolução do contrato, sob a alegação de que a entrega dos manuais originais do veículo, com os carimbos das revisões até então realizadas, encerrava obrigação essencial, uma vez que ela os exigiu expressamente antes da celebração do negócio. O vendedor, por sua vez, declarou em sua defesa que a ausência dos carimbos de revisão do veículo não enseja vício no produto; que o veículo foi vendido em perfeito estado de funcionamento; que não pode responder pelo fato do antigo proprietário não carimbar as revisões; e que a ausência dos carimbos não significa que as revisões não foram realizadas.

Diante das alegações apresentadas, o Relator Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres, não obstante tenha reconhecido que, de regra, referida obrigação não se qualifique como essencial em operações semelhantes, no caso concreto, ela foi assim considerada, a autorizar a resolução do contrato:

qualificada, portanto, como essencial; e não, ao contrário, na inexecução de qualquer obrigação do contrato ou na violação de qualquer obrigação considerada pelas partes".

¹⁸⁶ Na Espanha, Díez-Picazo noticia que a jurisprudência também se utiliza do conceito de "*incumplimiento esencial, caracterizado por la falta de obtención de la finalidad perseguida, la frustración de las legítimas expectativas y la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido*" (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Los incumplimientos Resolutorios*. Madrid: Civitas, 2005. p.67). Na mesma direção, afirma Aurora Martínez Flórez: "A cláusula resolutoria expresa permite, por tanto, *configurar como eventos resolutorios incumplimientos que, de acuerdo con el régimen general, no conducirían a la resolución*" (FLÓREZ, Aurora Martínez. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*. Madrid: Civitas, 1999. p.22).

¹⁸⁷ VALLE FERREIRA, José Gaenaert do. Resolução da compra e venda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.139, p.29, jan./fev. 1952. Confira-se, também, MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.185-186.

A questão apresentada mostra-se incomum e revela ser a autora destes clientes exigentes na compra de um veículo automotor pois somente fecharia o negócio com a entrega do veículo acompanhado do manual original ostentando carimbos das revisões feitas pelo proprietário anterior.

Não obstante qualquer reclamação acerca do funcionamento do bem, o questionamento apresentado pela autora se volta unicamente ao item não apresentado, requerendo a rescisão do contrato e indenização por dano moral. Não há muita lógica em esperar encontrar um veículo tipicamente *off-road* (e que muitos proprietários tem o prazer de levar aos terrenos acidentados e atoleiros) cujo proprietário fosse cuidadoso a ponto de guardar todos os manuais com seus carimbos de revisão, mas diante de fls. 56, resta evidente que a empresa ré tinha ciência desta condição apresentada pela cliente pelo que não havia o porquê de fechar o negócio se não podia atendê-la no que fora exigido pois aquela era condição essencial para a compra.¹⁸⁸

É preciso, todavia, entender que não basta a exigência vazia da compradora de receber os manuais com os carimbos da revisão. Como se afirmou, a análise não é procedimental, lastreada na ciência do vendedor sobre a exigência formulada. Impõe-se investigar se, no âmbito da concreta relação contratual, a obrigação assume verdadeiramente ares de essencialidade, a abonar a resolução diante de sua inexecução.

No caso em análise, a exigência parece se justificar em razão da forte presunção que os carimbos de revisão geram a respeito das boas condições do veículo. Os carimbos atestam ao comprador a adequada manutenção do carro pelo vendedor, a minimizar os riscos de problemas mecânicos futuros. Inexistindo os carimbos, o adquirente não tem como aferir se o anterior proprietário adotou as medidas necessárias à adequada conservação do bem, ainda mais relevantes por se tratar de veículo *off-road*, exposto constantemente às condições adversas dos caminhos por que trafega, a gerar maior desgaste do que aquele sofrido por veículos que circulam em estradas convencionais. Reforçaria, também, a legitimidade da exigência, a comprovação de que a compradora não é pessoa experimentada em mecânica automotiva, para quem os carimbos de revisão equivaleriam a uma espécie de “certificado de qualidade” do carro.

Em conclusão, constasse desse contrato cláusula resolutiva expressa que facultasse a resolução por conta da não entrega do manual original do veículo com os devidos carimbos, presentes as circunstâncias referidas, de certo, a relação

¹⁸⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0291792-29.2012.8.19.0001. Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgamento: 1.º/11/2013. Órgão Julgador: 19.ª Câmara Cível.

obrigacional poderia ser resolvida de pleno direito, dada a essencialidade da obrigação no concreto regulamento de interesses.

A apuração da essencialidade requer, em definitivo, a análise da obrigação em cotejo com a unitária disciplina negocial, sem descurar da concreta utilidade que a obrigação se presta a promover no contexto da específica relação contratual, as características das partes e as legítimas expectativas despertadas.

Partindo, desse modo, da concreta disciplina de interesses, dois parâmetros, em especial, destacam-se no juízo de valoração da relevância da obrigação: a economia do contrato e seu respectivo equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva.

Posto isso, é essencial a obrigação relevante para a realização da concreta economia do contrato, vale dizer, a obrigação indispensável para a satisfação do escopo econômico perseguido pelos contratantes e sem a qual desarranja-se o equilíbrio contratual.¹⁸⁹ A boa-fé objetiva, por sua vez, incide a partir de perspectiva funcional, e exsurge como critério para aferição da importância da obrigação no contexto da economia contratual, a afastar a inclusão, no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, de obrigação cuja inexecução não assuma destaque para a consecução do resultado útil programado, que não promova maior utilidade da prestação para o credor.¹⁹⁰

Nessa direção, salvo alguma particularidade do negócio, no âmbito de contrato de compra e venda de veículo automotor, não pode figurar na cláusula resolutiva expressa a obrigação da concessionária de colocar película escura nos vidros do carro, assim como, em contrato de locação, não pode ser inserida na cláusula a obrigação do locador de entregar o imóvel com todas as lâmpadas funcionando. Tais obrigações, de regra, não são essenciais para a realização do programa contratual,

¹⁸⁹ Como observa Cubeddu, não obstante o difuso uso indiferenciado dos termos "economia do contrato" e "equilíbrio do contrato", entre eles há um vínculo de sucessão lógica, uma vez que a economia do contrato serve como referência para a determinação do equilíbrio contratual; a individuação do equilíbrio contratual pressupõe que tenha sido feita a seleção entre os interesses relevantes para a economia do contrato e aqueles que, restando insatisfeitos, não prejudicam a realização do programa contratual (CUBEDDU apud MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.154, nota de rodapé n.º 397).

¹⁹⁰ Embora minoritário no direito italiano, Mosco sustenta ser contrária à boa-fé objetiva a cláusula resolutiva expressa que contemple "*una inadempienza lievissima*" (MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950. p.204). Em tradução livre: "um inadimplemento levíssimo". No direito português, adotam a mesma exigência: PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.136; BAPTISTA Daniela. Da cláusula resolutiva expressa. In: GONÇALVES, Luís Couto et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012. p.204.

e não impedem a consecução do resultado útil programado, o que, contudo, não significa possam ser descumpridas impunemente pelo devedor. Nesse caso, como as prestações ainda podem ser entregues utilmente ao credor, resta-lhe a via da execução específica, sem prejuízo das eventuais perdas e danos.

A dinamicidade da relação obrigacional impõe a constante avaliação sobre essencialidade da obrigação na economia do contrato, que pode ser comprometida pelas vicissitudes a que se sujeita a relação. Nem mesmo no âmbito de um concreto negócio, é possível afirmar, peremptoriamente, que certa obrigação é ontologicamente essencial para a satisfação do interesse das partes. Circunstâncias posteriores podem alterar a qualificação da obrigação, que deixa de ser essencial e passa a ser secundária, ou, ao contrário, deixa de ser secundária e passa a ser essencial.¹⁹¹ Por essa razão, a presença de obrigações não essenciais na cláusula resolutiva é apenas indicativa de invalidade da cláusula, o que, contudo, só poderá ser definitivamente confirmado no momento do exercício da resolução, quando se aferirá se a qualificação atribuída *ex ante* se alterou em razão das superveniências negociais.

Tome-se um contrato de locação com cláusula resolutiva expressa, segundo a qual a violação à obrigação de não sublocar o imóvel autoriza a resolução de pleno direito. Se, diante da sublocação pelo locatário, o locador opta por não resolver a relação contratual, mas majorar o aluguel quando da renovação do contrato, demonstra, com tal conduta, que a obrigação de não sublocar perdeu importância no programa contratual, pelo que não poderá, posteriormente, pretender resolver a locação. Nessa situação, o comportamento de tolerância exclui a essencialidade da obrigação.¹⁹²

A exigência da específica qualidade da obrigação decorre, em verdade, da inafastabilidade da proporcionalidade entre a repercussão do inadimplemento dessa obrigação na economia do contrato e o mecanismo de tutela pleiteado pelo credor.¹⁹³ A resolução do contrato por inadimplemento de obrigação que não impacta

¹⁹¹ AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942. p.419-420.

¹⁹² MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.161-162.

¹⁹³ Sobre a existência de verdadeiro princípio de proporcionalidade, confira-se PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.246 et seq. Canaris também se refere à proporcionalidade como relevante (e, talvez, o único) parâmetro para a avaliação do exercício da autonomia privada. Segundo o autor, a Constituição alemã "protege a liberdade contratual, e não permite ofensas a esta senão nos limites do princípio da proporcionalidade" (CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado". In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contractos: atualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p.64).

negativamente no programa contratual – não impede a produção do resultado útil programado e não rompe o sinalagma – impõe ao devedor sacrifício desproporcional; tutela-se insignificante lesão ao interesse do credor com remédio excessivamente gravoso para o devedor. Daí a inafastabilidade da congruência entre a lesão ao interesse do credor e a consequência, para o devedor, da tutela invocada.¹⁹⁴

Em síntese, é possível concluir que a inclusão de certa obrigação na cláusula resolutiva expressa, de comum acordo pelas partes, conduz à presunção de sua essencialidade para a realização do escopo negocial. No entanto, como não há ato de autonomia imune ao filtro da legitimidade, afasta-se o merecimento de tutela do exercício da autonomia quando restar demonstrado, pelo devedor, que a previsão daquela obrigação no suporte fático da cláusula viola a boa-fé objetiva, tendo em vista sua incapacidade de afetar o equilíbrio econômico do contrato e de impedir a consecução do resultado útil programado, à luz do concreto programa negocial.

Reconhece-se às partes, além disso, a possibilidade de predeterminar os incumprimentos parciais ou inexatos dessa obrigação que configurem inadimplemento absoluto, por impedirem a atuação do programa contratual e comprometer de forma irremediável o interesse do credor na prestação. Ao fazê-lo, com efeito, as partes valoram as consequências jurídicas de tais inexecuções, e indicam que não as consideram de pouca ou escassa importância no concreto contexto contratual, a afastar posterior e eventual alegação de adimplemento substancial.

Lorenzo Bertino observa que, diante da inclusão de cláusula nos termos indicados, "*volta a individuare l'inadempimento rilevante per accedere alla risoluzione del contratto in un elevato grado di inesecuzione della prestazione del debitore, le parti riducono lo spazio di operatività dello strumento risolutorio a favore dei rimedi manutentivi*".¹⁹⁵ Parece, no entanto, que semelhante previsão não impede, por si só, a resolução em circunstâncias diversas daquela constante da cláusula. Nesse caso, para que se efetive o remédio resolutorio por incumprimento parcial ou inexato

¹⁹⁴ CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. p.280.

¹⁹⁵ BERTINO, Lorenzo. Rilevante gravita dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa. *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*, Padova, v.28, n.1, p.107, 2012. Em tradução livre: "voltada a identificar o inadimplemento relevante para ensejar a resolução do contrato em uma grave inexecução da prestação pelo devedor, as partes reduzem o espaço de atuação do instrumento resolutorio, em favor dos remédios que permitem sua conservação".

menos grave do que aquele referido no suporte fático da cláusula, deverá o credor, além de requerê-lo judicialmente, comprovar a importância da lesão ao seu interesse, como se passa diante do inadimplemento de obrigação diversa daquela referida na cláusula. Significa, assim, que a indicação de determinado incumprimento não impede a resolução em presença de inexecução em termos diversos, mas atribui ao credor o ônus de provar, em juízo, que esta inexecução configura inadimplemento absoluto do contrato.

A redação da cláusula deve observar, outrossim, o "*requisito di specificità*",¹⁹⁶ entendido como a exigência de menção expressa à obrigação cujo inadimplemento poderá ensejar a resolução da relação obrigacional. A cláusula resolutiva expressa deve indicar pontualmente a(s) obrigação(ões) cujo descumprimento autorizará sua execução, a refletir de maneira inequívoca a vontade dos contratantes de se afastar do regime legal da cláusula resolutiva tácita, em favor do regime resolutivo contratualmente ajustado.

Nesse sentido, não basta à pactuação da cláusula resolutiva expressa, disposição consoante a qual "o contrato poderá ser resolvido por inadimplemento"; "o contrato poderá ser resolvido por inadimplemento de qualquer obrigação legal ou contratual"; "em caso de descumprimento de qualquer obrigação contratual, a parte não inadimplente poderá resolver o contrato". Cláusulas genéricas e imprecisas, que não observam o requisito da especificidade, equivalem à mera cláusula de estilo, sem valor resolutório, a que se atribui igual efeito da cláusula resolutiva tácita.¹⁹⁷ Nesse caso, seria necessário submeter ao juiz a avaliação sobre a relevância da obrigação inadimplida no contexto do regramento contratual, que não foi levada a cabo, *ex ante*, pelas partes.¹⁹⁸

Coisa diversa, no entanto, é a previsão, especificamente, de todas as obrigações contratuais, uma por uma, a indicar que todas assumem importância ímpar para

¹⁹⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011. p.905. Em tradução livre: "requisito de especificidade".

¹⁹⁷ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.325. Reconhece-se, todavia, que a jurisprudência nacional não se ocupa do requisito da especificidade, e admite a validade de cláusulas genéricas, como o fez, por exemplo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que admitiu a resolução de contrato de distribuição do qual constou cláusula redigida nos seguintes termos: "Poderá em caso de inadimplemento de qualquer das cláusulas deste contrato, se não sanado em um prazo de 15 (quinze) dias do recebimento de notificação protocolada, rescindir o contrato, a parte prejudicada, fazendo jus a perdas e danos decorrentes do inadimplemento" (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0024.06.244840-2/002. Relator: Des. Márcia De Paoli Balbino. Julgamento: 29/05/2009. Órgão Julgador: 17.ª Câmara Cível).

economia contratual. De acordo com Busnelli, *"una clausola risolutiva espressa potrebbe essere pienamente efficace come tale, anche se riferita a tutte le obbligazioni: sarebbe necessario soltanto che queste fossero specificatamente determinate una per una"*.¹⁹⁹ Evidentemente, isso não dispensa a exigência relativa à essencialidade dessas obrigações.

Tampouco configura cláusula resolutiva expressa a mera indicação, no contrato, da essencialidade de determinada obrigação. Embora não haja fórmula predeterminada para a redação da cláusula, imprescindível, ao menos, que haja a clara manifestação de vontade das partes no sentido de conferir ao credor o direito potestativo de resolver a relação diante do inadimplemento da obrigação referida.²⁰⁰

Ao propósito, discute-se se o simples ajuste de termo essencial configuraria, por si só, cláusula resolutiva expressa.

O termo para cumprimento da prestação concretiza a relação entre tempo e interesse do credor, visto que, em geral, especifica o momento temporal em que o interesse deve ser satisfeito; opera, pois, situando o interesse do credor no tempo.²⁰¹ Subordina-se a realização do interesse à verificação de evento futuro e certo, a limitar temporalmente a exigibilidade da prestação. O tempo, então, restringe a eficácia da relação obrigacional a termo, tendo em vista os interesses das partes, a servir de elemento identificador da prestação.²⁰²

A modalidade cronológica assume importância determinante não como característica extrínseca, mas como intrínseca qualidade da coisa, de tal sorte que, transcorrido o tempo, a coisa perde sua identidade, deixando, pois, de constituir a prestação devida.²⁰³ A prestação não é mais recuperável, já que a satisfação do

¹⁹⁸ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.383.

¹⁹⁹ BUSNELLI, Francesco Donato. Clausola risolutiva. *Enciclopedia del diritto*, Milano, v.7, p.198, 1960. Em tradução livre: "Uma cláusula resolutiva expressa poderá ser plenamente eficaz ainda que se refira a todas as obrigações: será necessário apenas que elas sejam especificamente determinadas uma por uma".

²⁰⁰ ROSSETTI, op. cit., p.384.

²⁰¹ SMIROLDO, Antonino. *Profili della risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1982. p.71.

²⁰² TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p.98.

²⁰³ Conforme ressalta Simonetto, *"dopo la scadenza del termine cosiddetto essenziale la prestazione non può più essere effettuata dal debitore di essa: essa non esiste più, in quanto l'oggetto ha perduto la sua qualità qualificante e identificante e quindi non esiste più, non c'è più modo di adempiere"* (SIMONETTO, Ernesto. Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p.1.053, 1981). Em tradução livre: "Eis por que após o vencimento do prazo dito essencial a prestação não pode mais ser efetuada pelo devedor:

interesse do credor resta irremediavelmente comprometida.²⁰⁴ Trata-se de hipótese em que o termo "como que fica *incrustado* no conteúdo da prestação",²⁰⁵ de modo que a conexão entre tempo e interesse do credor na prestação é de grau particularmente elevado. O termo essencial se torna, desse modo, elemento constitutivo da própria obrigação, de modo que a oferta da prestação depois da data ajustada equivale à oferta de prestação diversa, *aliud pro alio*.²⁰⁶

Classifica-se o termo essencial em subjetivo e objetivo. Subjetivo é o termo cuja essencialidade decorre da vontade do credor, sendo expressa ou tacitamente pactuada no contrato. O credor valora a impontualidade da prestação em relação ao seu interesse, afastando a possibilidade de cumprimento após a data ajustada. No termo essencial objetivo, por outro lado, a inutilidade da prestação tardia deriva da natureza da prestação. É o que se passa com o cantor contratado para apresentar-se em certo evento, que deverá executar a prestação no dia exato ajustado, sob pena de, não o fazendo, tornar-se a prestação definitivamente impossível.

Na Itália, o artigo 1.457 do Código Civil admite expressamente a possibilidade de resolução extrajudicial da relação obrigacional em presença de termo essencial:

*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.
In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione.*²⁰⁷

Diante da disposição, Busnelli estabelece relação de gênero e espécie entre a cláusula resolutiva expressa e o termo essencial. Para o autor, a diferença entre ambas as figuras consiste exclusivamente no fato de que o credor que opte pela

ela não existe mais, na medida em que o objeto perdeu sua 'qualidade qualificante' e, portanto, deixa de existir, não há mais como adimplir".

²⁰⁴ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2001. v.2. p.315.

²⁰⁵ A expressão é de ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2006. v.2. p.45.

²⁰⁶ VALLE FERREIRA, José Gaenaert do. Resolução da compra e venda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.139, p.30, jan./fev. 1952.

²⁰⁷ Em tradução livre: "Se o termo fixado para a prestação de uma das partes deve considerar-se essencial ao interesse da outra, esta, salvo pacto ou uso contrário, se desejar exigir a sua execução, não obstante o vencimento do prazo, deve dar disso notícia à outra parte dentro de três dias. Na ausência, entende-se o contrato dissolvido de direito, mesmo que não esteja expressamente pactuada a resolução".

resolução, em caso de cláusula resolutiva expressa, deve assumir um comportamento positivo; em caso de termo essencial, basta que adote comportamento puramente passivo.²⁰⁸ Outros autores, por sua vez, a exemplo de Guido Alpa e Marco Rossetti, limitam-se a destacar que cláusula resolutiva expressa e termo essencial encerram mecanismos de promoção da resolução extrajudicial, tratando-os como institutos autônomos entre si.²⁰⁹

No Brasil, em que não há dispositivo semelhante ao italiano, Orlando Gomes sustenta equivaler "ao pacto comissório expresso a presença de *termo* para o cumprimento da obrigação, principalmente a subespécie de *termo essencial*".²¹⁰ A afirmação do autor, genérica e abrangente, precisa ser entendida em sua devida acepção. De regra, a qualificação do termo como essencial subjetivo decorre de previsão contratual segundo a qual a não execução da prestação na data ajustada importará na resolução do negócio. A inexecução da obrigação no termo pactuado conduz à perda de identidade jurídica da prestação, que deixa de ser capaz de realizar o interesse do credor.²¹¹ Nesse caso, não há dúvida de que semelhante disposição encerra cláusula resolutiva expressa, a conferir ao credor a faculdade de resolver a relação obrigacional frente à inobservância, pelo devedor, da obrigação de prestar no termo ajustado.²¹²

Menos comum é a disposição contratual que se restringe a afirmar que o termo é essencial, ou que sua inobservância conduz à inutilidade da prestação, ou que o credor não aceitará a prestação depois de certa data, sem, entretanto, conferir ao credor, expressamente, a faculdade de resolver a relação obrigacional. Nesse caso,

²⁰⁸ BUSNELLI, Francesco Donato. Clausola risolutiva. *Enciclopedia del diritto*, Milano, v.7, p.200, 1960.

²⁰⁹ ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8.ed. Padova: CEDAM, 2013. p.546; e ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.385.

²¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.175.

²¹¹ SIMONETTO, Ernesto. Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p.1.053, 1981. Em outra oportunidade, afirma o autor que "scaduto il tempo la cosa non è suscettibile di soddisfare l'interesse contrattuale non tanto perché si è verificata una scadenza, quanto perché la cosa non è più, essa stessa, l'oggetto pattuito" (p.1.052). Em tradução livre: "vencido o prazo, a coisa não é mais capaz de satisfazer o interesse contratual não tanto porque se verificou um vencimento, mas porque a coisa não é mais, ela mesma, o objeto pactuado".

²¹² "O termo essencial subjetivo não decorre da natureza da obrigação, mas é determinado pela vontade das partes e figura no contrato como cláusula resolutiva expressa. A resolução do contrato com termo essencial *subjetivo* (*convencionado*) está prevista no art. 474, primeira parte, sendo caso de extinção por cláusula resolutiva expressa. Por ela, as partes podem convencionar que se a prestação não for efetuada de acordo com o contratado de certo modo ou em certa data, entende-se que o credor perdeu o interesse na execução do contrato, podendo resolvê-lo" (AGUIAR JÚNIOR,

à semelhança do que se passa quando as partes se limitam a indicar a essencialidade de certa obrigação para a consecução do escopo econômico do negócio sem incluí-la na cláusula resolutiva expressa, não se pode presumir a pactuação da cláusula, e o remédio resolutório dependerá de manifestação judicial. Ou a faculdade de resolver é expressamente ajustada, ou de cláusula resolutiva expressa deveras não se trata.

Em presença de termo essencial objetivo, determinado em razão da natureza da relação e cuja inobservância, frise-se, impossibilita a execução da prestação em momento diverso daquele pactuado, tampouco se pode vislumbrar a celebração de cláusula resolutiva expressa. Nada obstante, Ruy Rosado de Aguiar Júnior admite a resolução extrajudicial:

Na resolução por cláusula resolutiva tácita, a passagem do termo essencial sem a prestação esperada caracteriza o inadimplemento que autoriza o credor a ter o contrato por extinto, e muitas vezes isso fica tão evidente que o credor pode considerar extinto o contrato independente de interpelação judicial. A resolução se processa, então, extrajudicialmente, restituindo-se às partes o que despenderam, sendo o credor indenizado pelo dano da inexecução. Contraria a natureza das coisas que se exija – exatamente para a resolução que decorre naturalmente da inexecução – a providência formal de uma interpelação judicial. Veja-se o caso na noiva que não recebeu o vestido: não é razoável que a extinção do contrato de confecção se tenha por rompido apenas depois de uma interpelação judicial ²¹³

1.5.2 Eventos ordinariamente abarcados pela teoria do risco

Além das obrigações essenciais à consecução do programa contratual, a cláusula resolutiva expressa pode contemplar, em seu suporte fático, eventos ordinariamente abarcados pela teoria do risco, como anteriormente destacado. A gestão dos efeitos da inexecução das obrigações essenciais – que conduz ao inadimplemento absoluto do contrato – se insere em um contexto mais amplo de alocação e disciplina de riscos. Nesse cenário, a extraordinária vantagem da cláusula resolutiva expressa reside, precisamente, em conferir à autonomia privada,

Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.377-378, grifos no original).

sem interferência judicial, a possibilidade de gerir os riscos contratuais consoante seus concretos interesses, disciplinando os efeitos de sua superveniência.

Fiel à finalidade do instituto, os riscos passíveis de servir de suporte fático à cláusula são aqueles cuja verificação conduza à disfuncionalização da relação obrigacional, ou, dito de outro modo, à incapacidade de o vínculo jurídico promover a função econômico-individual para a qual foi concebido.

Tome-se como exemplo a impossibilidade da prestação superveniente e inimputável ao devedor, que acarreta a resolução *ipso iure* da obrigação, independentemente de sentença constitutiva, liberando o devedor da prestação.²¹⁴ Trata-se, aqui, de impossibilidade provocada por caso fortuito ou força maior,²¹⁵ caracterizada, fundamentalmente, como se depreende do parágrafo único do artigo 393 do Código Civil,²¹⁶ pela *inevitabilidade* e *necessariedade* do acontecimento,²¹⁷ nunca por uma suposta imprevisibilidade.²¹⁸

Arnoldo Medeiros da Fonseca sustenta serem dois os elementos constitutivos do caso fortuito: um objetivo, qual seja, a inevitabilidade, traduzida na impossibilidade de evitar o acontecimento de forma absoluta, sem quaisquer considerações a

²¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.382.

²¹⁴ Como lembra Ruy Rosado de Aguiar Júnior, "apesar da impossibilidade superveniente sem culpa do devedor determinar extinção imediata da relação, nem por isso o devedor fica desde logo liberado de todos os seus deveres. Se for o caso, deve notificar o credor da existência da própria impossibilidade" (Id. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.102).

²¹⁵ Utilizam-se as expressões como sinônimas, na esteira do entendimento predominante na doutrina nacional. Sobre a identidade dos conceitos, confira-se FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.129 et seq.

²¹⁶ "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

²¹⁷ Adota-se a teoria objetiva, que se contrapõe à subjetiva, a qual equipara o caso fortuito e a força maior à ausência de culpa, pelo que se daria o fortuito sempre que a inexecução não se pudesse imputar ao devedor. Para exposição detalhada de ambas as teorias, consultem-se FONSECA, op. cit., p.137 et seq.; e SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957. v.2. p.459 et seq.

²¹⁸ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.710; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012. p.399. Diversamente: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6.ed.rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p.91.

respeito das condições pessoais do devedor; e outro subjetivo, relativo à ausência de culpa.²¹⁹

Fernando Noronha, a seu turno, em crítica à associação da ausência de culpa ao caso fortuito, ressalta a necessidade de separar o juízo de imputação daquele de causalidade: "antes de se discutir a existência ou não de um nexo de imputação, seja ele a culpa ou o risco, é preciso estar assente haver um dano e que este seja consequência adequada de determinado fato".²²⁰

A classificação da superveniência como caso fortuito é feita em concreto, e requer análise dos elementos exteriores ao obrigado e das peculiaridades de sua atividade econômica, tomando como parâmetro a possível conduta de outros indivíduos, em condições objetivas análogas.²²¹ Tudo depende, então, das específicas condições de fato em que se verifica o evento: um raio que atinge uma moradia particular é um acontecimento inevitável; entretanto, já não se caracterizará como fortuito o raio que atinge um grande estabelecimento, "que a mais elementar prudência aconselhasse prover de para-raios".²²²

Para a resolução do contrato e liberação do devedor requer-se, ainda, que o evento inevitável e necessário conduza à impossibilidade objetiva da prestação.^{223, 224} A exigência deve, contudo, ser entendida nos seus devidos termos, não se demandando do devedor esforços maiores do que os razoáveis para o adimplemento da obrigação. Insere-se, assim, no conceito técnico-jurídico de

²¹⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.147.

²²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p.666.

²²¹ FONSECA, op. cit., p.149. A esse respeito, Agostinho Alvim destaca que "a necessidade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade de cumprimento da obrigação, e não abstratamente" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1965. p.312).

²²² FONSECA, op. cit., p.151.

²²³ Como destaca Arnaldo Medeiros da Fonseca, o caso fortuito ou força maior podem ter como consequência "a impossibilidade objetiva de executar, permanente ou temporária, total ou parcial, como também uma dificuldade maior, ou onerosidade imprevista, o que normalmente sucede quando acarreta a perda ou deterioração de produtos que iam ser destinados à satisfação de prestações genéricas. Como porém, nesse terreno, a liberação do devedor está também subordinada à *impossibilidade absoluta de executar*, segundo os *princípios tradicionais*, não aludem geralmente os autores à eventualidade de ter o caso fortuito como consequência apenas uma onerosidade maior da prestação, e elevam aquela *impossibilidade de execução* a condição elementar do próprio fortuito. De nossa parte, preferimos evitar tal confusão, embora reconheçamos que, nesse campo, surja também, como requisito essencial à liberação do obrigado, esse novo elemento: *a impossibilidade de prestar*" (Ibid., p.152-153, grifos no original).

²²⁴ Para análise detida do conceito de impossibilidade, remete-se o leitor para o item 2.1.2.

impossibilidade, a necessidade de o devedor despender esforço extraordinário para o adimplemento da prestação.²²⁵

A superveniência de caso fortuito não faz surgir para o credor o direito potestativo de resolver a relação obrigacional: a lei incide diretamente sobre o fato, resolvendo o contrato automaticamente, conforme esclarece Judith Martins-Costa:

Nos casos em que a impossibilidade é informada por culpa e o devedor não infringe dever de diligência – mas a prestação, ainda assim, se torna impossível – teremos, então, a impossibilidade não-imputável, que libera o devedor e o desonera do pagamento de perdas e danos, afastando a possibilidade de o credor invocar o direito à resolução, pois há extinção *ipso iure*.²²⁶

A despeito das regras oferecidas pela teoria legal do risco, podem as partes gerir os acontecimentos inevitáveis e necessários, predeterminando, por exemplo, quais eventos consideram caso fortuito capaz de impossibilitar a execução da prestação. Em verdade, torna-se cada vez mais frequente encontrar, sobretudo em contratos dotados de maior complexidade, semelhante previsão, que reduz a chance de discussões futuras a respeito da qualificação do evento superveniente.

Admite-se, outrossim, que uma das partes assuma o risco da impossibilidade causada por caso fortuito. O próprio Código Civil permite, no *caput* do artigo 393, que os contratantes convencionem o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, fazendo com que persista a responsabilidade do devedor mesmo se a inexecução decorrer de evento inevitável, para o qual este não tenha concorrido. Homenageia-se a autonomia privada, reconhecendo-se que a solução adotada como regra pela lei pode não se coadunar com os interesses concretos envolvidos no negócio.²²⁷

²²⁵ "A impossibilidade *definitiva* é a que inviabiliza para sempre a prestação ou que somente pode ser prestada mediante esforço extraordinário. [...] A simples dificuldade não exonera, mas a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação é equiparável à impossibilidade" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.99-100).

²²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2. p.271.

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.712.

Por se tratar de exceção, a assunção do risco deve ser expressa.²²⁸ Daí a ressalva de Agostinho Alvim, para quem, na dúvida se houve ou não a assunção do risco, "resolve-se em sentido negativo; se se questiona acerca da sua extensão, corta-se a dúvida a favor do devedor".²²⁹ Imprescindível, ainda, a indicação, um por um, de todos os fatos inevitáveis pelos quais o contratante assume a responsabilidade.²³⁰

Comprometendo-se o devedor a prestar mesmo que sobrevenha o risco assumido, a impossibilidade decorrente do caso fortuito indicado na cláusula não o exonera da obrigação, mas configura, em vez disso, inadimplemento absoluto. A gestão da superveniência do evento inevitável e necessário transforma um risco econômico extraordinário em um risco de inadimplemento no âmbito do concreto regulamento de interesses. O inadimplemento, nesse caso, não decorre de inexecução culposa, mas da assunção contratual do risco: embora o caso fortuito exclua o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e a inexecução da prestação, a assunção expressa do risco estabelece um nexo de imputação entre o evento inevitável e o devedor, a atribuir-lhe a responsabilidade pela inexecução.

De todo modo, o que releva para esta tese são os efeitos do deslocamento convencional dos riscos: enquanto, pela teoria legal do risco, a impossibilidade da prestação causada por caso fortuito resolve automaticamente o contrato e afasta qualquer responsabilidade do devedor pelos prejuízos sofridos pelo credor, havendo assunção expressa do risco, sua concretização conduz ao inadimplemento absoluto, e abre para o credor a possibilidade de optar entre resolver a relação obrigacional, ou manter o contrato e exigir o equivalente pecuniário, sem prejuízo, em ambos os casos, das perdas e danos.

Nesse cenário, a cláusula resolutiva expressa participa decisivamente da gestão do risco da superveniência do caso fortuito, disciplinando os efeitos dele decorrentes: apenas mediante sua aposição, o contrato poderá ser resolvido extrajudicialmente, não

²²⁸ Não se admite a assunção tácita do risco relativo à superveniência de caso fortuito e força maior, conforme destaca FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.180, nota de rodapé n.º 8.

²²⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1965. p.320.

²³⁰ Agostinho Alvim observa que "para que se entenda assumido o risco do caso fortuito extraordinário, é necessário referência expressa" (ALVIM, loc. cit.). Em sentido contrário, Arnaldo Medeiros da Fonseca não exige a indicação de cada um dos riscos assumidos pelo contratante: "Só os riscos decorrentes de casos fortuitos que *foram ou podiam ser previstos* na data da obrigação consideram-se assumidos pelo devedor, no caso de dúvida, pois as exceções devem ser interpretadas restritivamente"

de forma automática, mas mediante declaração do credor.²³¹ Indispensável, para tanto, a concomitância da assunção do risco e da atribuição, ao credor, do direito potestativo de proceder à resolução extrajudicial da relação obrigacional. Essas duas declarações podem mesmo constar da cláusula resolutiva; impreterível, contudo, que constem, de fato, expressas do contrato.

Por outro lado, de acordo com a disciplina legal do risco, quando a impossibilidade é parcial ou temporária, a tornar inútil para o credor a prestação por circunstâncias inimputáveis ao devedor – em decorrência de caso fortuito, ato de terceiro, ou até ato do devedor sem culpa –, não se processa a resolução automática do contrato, nascendo para o lesado o direito formativo de resolver a relação contratual.

Isso porque, quando a impossibilidade é temporária, a configuração do inadimplemento absoluto dependerá da demonstração de que o cumprimento posterior conduz à perda de utilidade da prestação para o credor. O mesmo se passa em relação à impossibilidade parcial, em que só parte da obrigação é afetada pela superveniência, aplicando-se o artigo 235 do Código Civil, segundo o qual, "deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu". Em ambos os casos, portanto, ao credor caberá pleitear a resolução em face da inutilidade da prestação, que se processará judicialmente, caso não conste do contrato cláusula resolutiva expressa, tendo em vista a necessidade de o juiz aferir se a prestação já não atende, efetivamente, ao interesse do credor.

A gestão legal do risco de impossibilidade temporária ou parcial inimputável permite, então, que o credor pleiteie a resolução judicial da relação obrigacional, se a prestação se tornou inútil, ou a receba no estado em que se encontra – na impossibilidade parcial –, se lhe conservar alguma utilidade. No entanto, aqui também podem as partes, regulando seus interesses de acordo com o programa

(FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.181, grifos no original).

²³¹ Aurora Martínez Flórez admite a possibilidade no âmbito do ordenamento jurídico espanhol: "*Desde nuestro punto de vista, sin embargo, y sin perjuicio de que las consecuencias sean distintas en una y otra hipótesis, no existe obstáculo en nuestro ordenamiento para que por la vía de la cláusula resolutoria las partes estén distribuyendo o transmitiendo el riesgo a la medida de sus intereses*" (FLÓREZ, Aurora Martínez. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*. Madrid: Civitas, 1999. p.23, nota de rodapé n.º 9).

contratual, determinar, *ex ante* e de comum acordo, que eventos passíveis de conduzir à impossibilidade temporária ou parcial e, conseqüentemente, à inutilidade da prestação, autorizam a resolução de pleno direito, em alteração, assim, aos efeitos legais da superveniência.

Para tanto, basta a previsão do referido evento necessário e irresistível no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, não se exigindo, ao contrário do que se passa quando a impossibilidade decorrente do fortuito é total, a assunção do risco pelo devedor. Isso porque as partes não alteram a partilha legal dos riscos, limitando-se a modificar os efeitos de sua verificação. Por outro lado, se o devedor assumir o risco de forma expressa, há alteração da alocação legal, e a ocorrência do evento configurará inadimplemento absoluto, a permitir que o credor pleitear, também, indenização por perdas e danos.

Imprescindível à resolução, ademais, que a impossibilidade parcial ou temporária decorrente do evento fortuito conduza, inequivocamente, à inutilidade da prestação para o credor. A cláusula resolutiva expressa não se presta à promoção de caprichos, de modo que apenas os atrasos ou as imperfeições que ofendam substancialmente a obrigação, e comprometam a consecução do programa negocial, podem integrar seu suporte fático. Não é suficiente que a prestação se torne menos valiosa, sem repercussões na sua utilidade; indispensável que se torne incapaz de promover o interesse perseguido pelas partes.

De todo modo, a avaliação relativa à inutilidade da prestação não prescinde da consideração das peculiaridades da *fattispecie* concreta, e se subordina ao escopo econômico do contrato: uma impossibilidade parcial quantitativamente reduzida pode se mostrar qualitativamente relevante no contexto do específico regulamento de interesses, a tornar inútil a prestação.²³² Nessa perspectiva, as situações indicadas pelas partes conduzirão, efetivamente, à inutilidade da prestação quando, por exemplo, ela se tornar economicamente distinta, a resultar na quebra do sinalagma,²³³ ou quando afetar a "*funcionalidade* do contrato, implicada no concreto

²³² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.718.

²³³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p.303.

programa negocial, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte".²³⁴

Ao lado do caso fortuito, outro risco cuja gestão pode ser realizada por meio da cláusula resolutiva expressa é aquele relativo ao vício redibitório, entendido como o defeito oculto que torna a coisa imprópria ao uso a que se destina ou que lhe diminui o valor de tal modo que, se o credor soubesse da sua existência, não realizaria o negócio pelo mesmo preço (art. 441, CC).

Tais defeitos são designados *redibitórios* justamente porque, quando descobertos, conferem ao credor a possibilidade de redibir a coisa, resolvendo a relação obrigacional, a tornar ineficaz o negócio com a restituição da coisa defeituosa ao antigo dono.²³⁵ Para tanto, deverá o adquirente recorrer ao Judiciário, ajuizando a ação redibitória, cujo efeito é exatamente aquele da ação de resolução: a extinção do vínculo obrigacional.²³⁶ A designação, contudo, não é de todo apropriada, pois deixa de lado uma parte da disciplina dos defeitos ocultos: a possibilidade de o adquirente optar por manter a coisa em seu poder mediante o abatimento do preço, caso ainda lhe ofereça alguma utilidade, por meio da ação *quanti minoris* ou estimatória (art. 442, CC).

A disciplina dos vícios redibitórios se fundamenta, conforme destaca Caio Mário da Silva Pereira, no "*princípio da garantia* sem a intromissão de fatores exógenos, de ordem psicológica ou moral",²³⁷ e se insere no âmbito da teoria legal do risco.²³⁸ Tal garantia visa assegurar a posse útil da coisa ao credor e, por ser consequência da própria natureza jurídica do contrato comutativo, que pressupõe relativa equivalência entre as prestações, independe da culpa ou má-fé do alienante²³⁹ – a

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2. p.256, grifos no original.

²³⁵ É o que também observa Arnoldo Wald: "A própria etimologia do adjetivo 'redibitório' explica a finalidade do instituto, que assegura a devolução do objeto ao seu titular anterior" (WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18.ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009. v.2. p.321).

²³⁶ "Os vícios redibitórios são inerentes à coisa vendida; são chamados redibitórios porque podem dar lugar à resolução do contrato" (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.335).

²³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.3. p.107.

²³⁸ Para Orlando Gomes, trata-se de garantia de natureza especial, pelo que não se aplicam as regras da teoria geral dos riscos (GOMES, Orlando. *Contratos*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.95).

²³⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11.ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958. v.4. p.215.

relevância do conhecimento, ou não, do vício oculto pelo alienante se restringe à imposição, ou não, do dever de indenizar.

Serpa Lopes pondera, baseando-se nas lições de Gino Gorla, que a teoria dos vícios redibitórios se encontra num campo duvidoso, "situada entre a teoria do inadimplemento e a do erro, com o risco de perder a sua autonomia, para se converter ou em teoria do erro ou em teoria do inadimplemento".²⁴⁰ Aos fins desta tese, releva somente a distinção entre vícios redibitórios e inadimplemento.

Se, por exemplo, alguém compra café de um tipo e recebe de outro, configura-se, de acordo com Silvio Rodrigues, inadimplemento contratual. Por outro lado, se no café entregue ao comprador houvesse alguma espécie de fungo, que o tornasse impróprio para o consumo, tratar-se-ia de vício redibitório. No primeiro caso, ao contrário do segundo, não existe defeito, e sim divergência de qualidade entre o produto adquirido e aquele efetivamente entregue.²⁴¹ Na mesma direção, Serpa Lopes, após apontar a relevância da distinção no que tange ao prazo de prescrição – que, a rigor, em relação às ações edilícias, é de natureza decadencial –, explica que configura inadimplemento, não já vício redibitório, a entrega de coisa que, "posto pertencente a uma espécie ou categoria não objetivamente diversa da vendida, esteja carente de qualidades essenciais, quer por sua natureza ou por assim haver sido considerada pelas partes".²⁴²

Para Jorge Cesa Ferreira da Silva, os vícios redibitórios se reconduzem à categoria dicotômica do inadimplemento, qualificando-se os casos de redibição como inadimplemento absoluto, sob o seguinte argumento:

²⁴⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961. v.3. p.169.

²⁴¹ Afirma o autor que o vício redibitório se configura quando o "defeito, além de oculto, é excepcional em mercadorias semelhantes, não podendo a adquirente, ordinariamente, contar com a presença de tal defeito". E conclui afirmando que, quanto ao exemplo formulado, "não se trata de imperfeição na coisa comprada, mas de entrega de uma coisa por outra" (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3. p.105).

²⁴² SERPA LOPES, op. cit., p.177. Na mesma direção, manifesta-se Orlando Gomes: "Os vícios redibitórios não se confundem com o cumprimento imperfeito por defeito de qualidade. São defeitos irreconhecíveis pelo comprador no momento do contrato, sejam, ou não, conhecidos do vendedor. O defeito de qualidade essencial não pressupõe a inidoneidade da coisa em consequência de vício oculto, mas a desconformidade entre a coisa vendida e a coisa entregue, por não ter esta as qualidades essenciais ao uso a que é destinada" (GOMES, Orlando. *Resolução de venda por defeito de qualidade da coisa*: questões de direito civil (pareceres). 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.74). O mesmo autor, em outro parecer, discorre mais profundamente sobre as diferenças entre a redibição e a resolução: Id. *Vício redibitório e falta de qualidade da coisa*: questões de direito civil (pareceres). 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.347 et seq.

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 vícios na classificação dicotômica: mora e inadimplemento absoluto. Os casos de redibição seriam regulados como inadimplemento absoluto, os de redução proporcional do valor (*quantum minoris*), como impossibilidade parcial [...].²⁴³

Na mesma direção, Raquel Salles, partindo da compreensão do inadimplemento como o não cumprimento imputável, subjetiva ou objetivamente, da prestação devida, entende plenamente possível a configuração dos vícios redibitórios como inadimplemento por imputação objetiva.²⁴⁴ Por essa razão, a autora admite a inclusão de defeitos ocultos no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, a autorizar a resolução extrajudicial da relação obrigacional, dispensando o ajuizamento da ação redibitória:

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. [...] O que releva, nesta sede, é apenas reforçar um possível ponto de contato com as duas disciplinas, para admitir-se a redibição extrajudicial por meio da cláusula resolutiva expressa, solução esta que permite reconhecer ao contratante lesado o exercício legítimo da autotutela de seu interesse.²⁴⁵

De todo modo, qualquer que seja o entendimento adotado acerca da natureza jurídica do vício redibitório, não se pode deixar de reconhecer que, tanto no inadimplemento absoluto quanto no vício redibitório que retira a utilidade do bem para o adquirente, há um incumprimento do devedor;²⁴⁶ e em ambos os casos, a consequência para o credor é a mesma: frustração do escopo econômico perseguido. Não é, por outra razão, que, nas duas situações, o ordenamento jurídico oferece ao

²⁴³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.199-201, grifos no original.

²⁴⁴ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p.198.

²⁴⁵ Ibid., p.198-199.

²⁴⁶ É o que também reconhece, no direito argentino, WAYAR, Ernesto C. *Evicción y vicios redhibitorios*. Buenos Aires: Astrea, 2001. v.3. p.59-60.

credor instrumentos de tutela que, embora diversos, produzem igual resultado: a resolução da relação obrigacional.

Posto isso, afigura-se lícito e legítimo aos contratantes, valendo-se da alocação de riscos previamente determinada pelo legislador, pactuar, de antemão, na cláusula resolutiva expressa, quais vícios ocultos comprometem irremediavelmente a utilidade da prestação para o credor, a dispensar o ajuizamento da ação redibitória para a resolução do negócio.

A exigência de que a redibição se processe judicialmente decorre da necessidade de o juiz verificar se a alegação de perda de utilidade da prestação pelo credor é, de fato, procedente. Dessa forma, é imprescindível que os contratantes indiquem, *ex ante* e de comum acordo, em que circunstâncias a prestação não terá mais a utilidade necessária à promoção da função econômico-individual do contrato,²⁴⁷ não bastando a simples referência a vícios redibitórios na cláusula resolutiva. Do contrário, considerar-se-á a previsão contratual mera cláusula de estilo, remetendo o credor à via judicial.

Por fim, importa mais uma vez destacar que a inclusão, no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, de evento ordinariamente disciplinado pela teoria legal do risco requer a observância da proporcionalidade, que se traduz, de regra, na manutenção do equilíbrio das posições contratuais.

A imputação de certo risco a uma das partes não pode tornar o contrato economicamente desequilibrado. Se isso ocorrer, é indispensável que à assunção excepcional de riscos – além, portanto, daqueles hodiernamente atribuídos ao devedor –, corresponda a atribuição de alguma vantagem econômica, normalmente refletida na cláusula do preço, ou normativa.

De toda sorte, há que se atentar para o fato de que a análise do merecimento de tutela da redistribuição de riscos contratuais por meio da cláusula resolutiva expressa está condicionada e limitada pela função econômico-individual do negócio, bem como pela análise global da relação contratual.

Observados os parâmetros suprarreferidos, a gestão dos riscos pela cláusula resolutiva expressa afasta a incidência das regras legalmente previstas, e a disciplina

²⁴⁷ Não é necessário, portanto, que a prestação já não tenha qualquer utilidade em abstrato, mas apenas que o defeito lhe retire a idoneidade de promover o concreto escopo econômico do contrato. Nesse sentido, confira-se GAROFALO, Luigi. *Garanzia per vizi e azione redibitória nell'ordinamento italiano*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.47, p.249, jan./fev. 2001.

aplicável deverá ser aquela ditada pela autonomia privada, em consonância com a fisiologia do contrato.

2 PRESSUPOSTOS PARA A RESOLUÇÃO FACULTADA PELA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA

No Capítulo anterior, tratou-se, dentre outras questões, do exercício legítimo da autonomia privada na confecção da cláusula resolutiva expressa, vale dizer, na identificação das obrigações e dos riscos que as partes podem incluir em seu suporte fático.

Quanto às obrigações passíveis de constarem da cláusula, sublinhou-se a necessidade de se revestirem de essencialidade, de serem relevantes para a atuação do programa contratual traçado pelos contratantes e, conseqüentemente, para a consecução do escopo contratual programado. Por fim, destacou-se que, embora a avaliação acerca do caráter essencial da obrigação caiba prioritariamente às partes, não há ato de autonomia privada imune a controle de legitimidade, pelo que não será válida a cláusula que viole a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais.

No que tange ao risco, apontou-se a possibilidade de as partes geri-los de modo a promover mais satisfatoriamente os seus interesses, desde que os tenham internalizado ao contrato por meio de assunção expressa por um dos contratantes, ou que a própria teoria do risco já os tenha atribuído a um deles. No primeiro caso, há alteração da alocação estabelecida em lei; no segundo, modificam-se os efeitos decorrentes da superveniência do evento.

A essa primeira análise – a respeito, repita-se, da legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração da cláusula – soma-se outra, relativa ao efetivo preenchimento dos pressupostos para a resolução da relação obrigacional. Impõe-se, então, analisar a regularidade de sua concreta execução, que se subordina (a) à configuração do inadimplemento absoluto de obrigação essencial à consecução do escopo econômico perseguido pelas partes, ou à superveniência do risco; e (b) a não inadimplência do credor.

Presentes esses dois pressupostos, confere-se ao credor o direito potestativo de escolher entre resolver a relação obrigacional ou manter o contrato e executá-lo pelo equivalente. A resolução apenas se efetivará após o exercício da manifestação, pelo credor, de sua opção, mediante declaração receptícia de vontade.

2.1 Ocorrência do suporte fático expressamente previsto na cláusula resolutiva expressa

Já se observou que são dois os suportes fáticos da cláusula resolutiva expressa: a inexecução de obrigação essencial e a superveniência do risco assumido por um dos contratantes ou já alocado pela própria teoria legal do risco.

No que tange ao primeiro suporte fático, não é qualquer inexecução da obrigação essencial que autorizará a resolução. É preciso investigar a intensidade da lesão ao interesse do credor causada pelo incumprimento da referida obrigação, a fim de verificar se o inadimplemento é, de fato, absoluto, ou se, por outro lado, o credor ainda pode obter as concretas vantagens esperadas do vínculo contratual, hipótese em que só lhe é conferido o direito de pleitear a execução específica.

A análise que se inaugura não se confunde com aquela, já superada, relativa à relevância da obrigação no contexto negocial. Trata-se, agora, de avaliar o impacto da inexecução na realização do escopo econômico programado. A distinção é tão nítida e de tal importância que até na Itália, onde a maior parte da doutrina afasta qualquer controle relativo à relevância da obrigação inserida na cláusula resolutiva expressa, atribuindo à autonomia privada plena liberdade para a elaboração do seu conteúdo, alguns autores destacam que a resolução se subordina à constatação da gravidade da lesão ao interesse do credor,²⁴⁸ conforme aponta Vincenzo Roppo:

Attenzione: è escluso il sindacato giudiziale sull'importanza che l'obbligazione inadempita ha nell'economia del contratto; ma non anche quello sull'entità della lesione che l'obbligazione abbia ricevuto. Se l'obbligazione dedotta nella clausola è stata adempiuta in modo solo leggermente imperfetto (con un ritardo minimo, con qualche trascurabile difetto qualitativo), non sembra che il creditore possa invocare la clausola: posto che a essere pignoli un'imperfezione

²⁴⁸ Na Itália, a questão cinge-se a saber se o art. 1455 do Código Civil se aplica à resolução facultada por cláusula resolutiva expressa ou apenas àquela judicial. De acordo com o dispositivo, "*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*". Em tradução livre: "O contrato não pode ser resolvido se a inexecução de uma das partes tiver mínima importância levando-se em consideração o interesse da outra".

*può sempre trovarsi, sarebbe come mettergli in mano un'inammissibile condizione risolutiva meramente potestativa.*²⁴⁹

Para que se passe à análise da configuração do inadimplemento absoluto do contrato por inexecução da obrigação constante da cláusula resolutiva expressa, faz-se necessário, preliminarmente, verificar a atual conformação da teoria do inadimplemento no direito brasileiro.

2.1.1 A contemporânea teoria do inadimplemento

Em qualquer ordenamento jurídico, os contornos da teoria do inadimplemento se vinculam à concepção de relação obrigacional adotada. E a dogmática do direito das obrigações ingressa nesta quadra da história profundamente remodelada.

Abandona-se, em primeiro lugar, sua compreensão como estrutura una e simples, conformada pela contraposição entre situação jurídica ativa, constituída exclusivamente por poderes, e situação jurídica passiva, caracterizada por deveres e sujeições. A relação obrigacional é, ao contrário, complexa,²⁵⁰ a abranger, além dos

²⁴⁹ ROPPO, Vnicenzo. *Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011. p.905, grifos no original. Em tradução livre: "Atenção: fica excluído o sindacado judicial sobre a importância que tem a obrigação inadimplida na economia do contrato; mas não se exclui a sindicabilidade acerca da entidade da lesão que a obrigação possa ter sofrido. Se a obrigação contida na cláusula foi adimplida de maneira apenas um pouco imperfeita (com um atraso mínimo, com algum defeito qualitativo insignificante), não parece que o credor possa invocar a cláusula: uma vez que uma pequena imperfeição pode sempre existir, colocar-se-ia nas mãos do credor uma inadmissível condição resolutiva meramente potestativa". Em sentido contrário, e, portanto, em coro com a maioria da doutrina italiana, Trimarchi afirma que o controle de gravidade da lesão ao interesse do credor contemplado no art. 1455 do Código Civil não se aplica à cláusula resolutiva expressa. O autor, ao tratar do inadimplemento da obrigação inserida pelas partes na cláusula, sentencia: "*Con riferimento a questi specifici inadempimenti, la clausola sottrae al giudice il potere di negare la risoluzione ove non li ritenga sufficientemente gravi: la valutazione giudiziale dell'obiettiva gravità dell'inadempimento è superata dalla preventiva valutazione che ne hanno fatto le parti, riconoscendolo senz'altro adeguato a giustificare la risoluzione*" (TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010. p.69). Em tradução livre: "Em relação a esses inadimplementos específicos, a cláusula retira do juiz o poder de negar a resolução caso não os considere suficientemente graves: a valoração judicial da gravidade objetiva do inadimplemento fica superada pela valoração preventiva que dele fizeram as partes, reconhecendo-o sem dúvida suficiente para justificar a resolução." Da mesma forma, e discorrendo sobre a cláusula resolutiva expressa sob a perspectiva da análise econômica do direito, SARTORI, Filippo. *Contributo allo Studio della clausola risolutiva espressa*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.128 et seq.

²⁵⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p.37.

deveres de prestação, diversas outras situações jurídicas subjetivas, dentre as quais os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva.

Impõe-se, desse modo, aos contratantes a observância de padrões de conduta durante todo o desenrolar do vínculo obrigacional, a promover nítida expansão das fontes dos deveres a eles cominados.²⁵¹ Ao lado da autonomia privada, a boa-fé objetiva se erige como fonte heterônoma de deveres, e exige dos contratantes, a despeito de sua vontade, e até contra ela, a adoção de condutas voltadas à perfeita consecução do adimplemento. Não se trata de mecanismo de reforço dos deveres criados pelas partes, mas do estabelecimento de deveres diversos daqueles conformados pela autonomia negocial. Trata-se de exigência do sistema, em face da concreta relação jurídica, sua função econômico-individual. E referidos deveres se integram de tal forma ao programa contratual, que à satisfação do interesse das partes não basta a execução do dever principal de prestação, mas se exige a observância, pelo contratante, de todos os deveres incidentes na concreta relação.²⁵²

Suplanta-se a concepção estática da relação obrigacional, para compreendê-la como categoria dinâmica, que nasce, modifica-se e desenvolve-se em direção ao fim que a justifica.²⁵³ Aliás, com a expressão *obrigação como processo*, tenciona-se, justamente, sublinhar o caráter dinâmico da relação obrigacional, formada por uma série de atos que se ligam com interdependência, orientados a certo fim.²⁵⁴ A relação obrigacional compreende, portanto, os variados poderes e deveres das partes, que vão surgindo ao longo da relação obrigacional como algo que se "encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor".²⁵⁵

²⁵¹ Sobre as três funções da boa-fé objetiva (criação de deveres de conduta, limitação ao exercício de direitos subjetivos e cânon interpretativo-integrativo), confira-se: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.140. Para visão crítica acerca da tripartição: TEPEDINO, Gustavo; 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.37.

²⁵² Conforme observa Antunes Varela, "de um modo geral, pode dizer-se que, nas relações obrigacionais bilaterais (onde os deveres acessórios de conduta mais avultam), cada um dos contraentes tem o dever de tomar todas as providências necessárias (razoavelmente exigíveis) para que a obrigação a seu cargo satisfaça o *interesse do credor na prestação*" (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2005. v.1. p.125, grifos no original).

²⁵³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.p.38.

²⁵⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.20.

²⁵⁵ *Ibid.*, p.37.

A funcionalização da relação obrigacional, a seu turno, permite concebê-la não mais como um fim em si mesmo, e sim como instrumento de cooperação social dirigido à satisfação do interesse legítimo das partes.²⁵⁶ Embora o interesse do credor assuma especial relevância, erigindo-se como característica fisionômica da obrigação, o interesse juridicamente relevante do devedor deve ser igualmente atendido, inclusive porque os centros de interesses são complexos, formados simultaneamente por posições ativas e passivas.²⁵⁷ Durante todo o desenvolvimento da relação obrigacional, as partes são chamadas a colaborar mutuamente, de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, para a plena realização de seus mútuos interesses.

Revela-se, por conseguinte, a insuficiência da análise meramente estrutural – cuja própria configuração passou a ser alvo de críticas mais recentemente, direcionadas à tradicional classificação dos sujeitos e do objeto como seus elementos²⁵⁸

²⁵⁶ KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.2. p.267.

²⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.220. Reconhecer o interesse do credor como característica fisionômica da relação obrigacional significa considerá-lo indispensável para o nascimento do vínculo jurídico, pois não se justifica a imposição ao devedor de limitação à liberdade, a não ser em razão e em função de prevalente interesse alheio. Não denota, portanto, a impossibilidade de se realizar, ao mesmo tempo, interesse juridicamente relevante do devedor.

²⁵⁸ Em crítica à inclusão do sujeito como elemento da relação jurídica, Luiz Edson Fachin afirma: "A crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil brasileiro, cujo modelo se manteve em 2002. E é por isso que, não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal" (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do Novo Código Civil brasileiro*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.89). De outro lado, assevera-se que o objeto estaria apenas representado no conteúdo do contrato, por meio de sua descrição negocial: "*La descrizione negoziale è quindi la rappresentazione di un oggetto realizzata – per effetto di un parallelismo convenzionale tra le immagini percettive di quell'oggetto ed i processi segnici idonei a concretizzarle sul piano della realtà materiale – attraverso una serie di enunciati logico-riproduttivi, che hanno la funzione di delimitare, con la rappresentazione segnica e descrittiva, un'entità per definirla, enunciandone tutte le caratteristiche che valgano a distinguerla, rispetto alle altre entità del mondo sensibile e concettuale. [...] L'oggetto entra pertanto a far parte del contenuto del contratto mediante la sua descrizione, operata sia a mezzo del segno grafico o simbolico, sia a mezzo di riferenti di natura sostanziale, quali le note, strutturali e funzionali, dell'oggetto medesimo*" (GABRIELLI, Enrico. Storia e dogma dell'oggetto del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.50, n.2, p.345, mar./abr. 2004). Em tradução livre: "A descrição negocial é, portanto, a representação de um objeto realizada – por efeito de um paralelismo convencional entre as imagens perceptivas daquele objeto e os processos gráficos aptos a concretizá-lo no plano da realidade material – por meio de uma série de enunciados lógico-reprodutivos, cuja função é delimitar, mediante a representação gráfica e descritiva, uma entidade para defini-la, enunciando todas aquelas características que possam diferenciá-la das outras entidades do mundo sensível e conceitual. [...] O objeto passa, assim, a fazer parte do conteúdo do contrato por meio de sua descrição, seja

–, a impor que se avalie a efetiva instrumentalização da relação à satisfação dos interesses das partes merecedores de tutela. A função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional, servindo de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que devem colaborar mutuamente para a plena realização dos seus legítimos interesses. Mas não é tudo. Ao lado da persecução da satisfação de seus interesses econômico-individuais, devem as partes atender à função social do contrato, de modo a considerar os interesses de terceiros merecedores de tutela que venham a contracenar com os seus próprios interesses.

As profundas mudanças na estrutura e na função da relação obrigacional não deixaram incólume a tradicional concepção estrutural do adimplemento, entendido como o ato pelo qual o credor recebe a prestação principal, que varia conforme a natureza do direito conferido.²⁵⁹ Contemporaneamente, a perspectiva funcionalizada do adimplemento exige, além do cumprimento do dever de prestação principal, a observância dos deveres secundários de prestação²⁶⁰ e dos deveres de conduta que recaiam sobre a específica relação, de modo a produzir os efeitos essenciais do negócio.²⁶¹

Ganha força, nesse sentido, o entendimento segundo o qual o adimplemento não requer somente a execução do comportamento devido, mas depende, também, da efetiva produção do resultado útil programado. Noutros termos, o credor não deseja o cumprimento da prestação-conduta do devedor em abstrato, mas da "prestação que concretiza e efetiva um resultado desejado e programado. E só

mediante o sinal gráfico ou simbólico, seja mediante referências de natureza substancial, como notas, estruturais e funcionais, do próprio objeto".

²⁵⁹ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916. p.295-296.

²⁶⁰ Segundo Antunes Varela, os deveres secundários de prestação se destinam "a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação" (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2005. v.1. p.122). A rigor, tais deveres são mesmo uma especificação do dever de prestação principal e se identificam a partir da boa-fé objetiva, que, enquanto integrativa da obrigação expressamente estabelecida pelas partes no contrato, impõe ao devedor fazer não apenas aquilo a que se comprometera contratualmente, mas também todo o necessário a proporcionar à contraparte o resultado útil da prestação devida.

²⁶¹ SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.8, n.32, p.15, out./dez. 2007.

haverá propriamente cumprimento quando a actuação da prestação pelo devedor implementa o programa obrigacional enquanto resultado a proporcionar ao credor".²⁶²

Com efeito, se outrora bastava a simples execução da prestação principal para que se considerasse o devedor adimplente, hoje se exige o cumprimento da prestação devida em concreto, que pressupõe, além da execução do comportamento dirigido à execução da prestação principal, a observância de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional que se façam instrumentalmente necessários ao efetivo atendimento do escopo económico da relação, satisfazendo o interesse objetivo do credor.²⁶³

Se adimplemento e inadimplemento se conectam lógica e funcionalmente, é inevitável que todas as ponderações até aqui formuladas repercutam na teoria do inadimplemento. A alteração do conceito de adimplemento implica, na mesma medida, a evolução da noção de inadimplemento: se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa dizer que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal de prestação ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a inexecução da *prestação satisfativa*, e não o mero descumprimento da prestação principal.

Sob tal perspectiva, valoriza-se o aspecto objetivo do inadimplemento, que se individua na não satisfação do interesse do credor,²⁶⁴ e altera-se de maneira significativa a compreensão das espécies de inadimplemento, classificadas dicotomicamente em inadimplemento absoluto e mora. Configura-se o primeiro quando a prestação devida, após o nascimento da obrigação, não puder mais ser realizada ou, podendo sê-lo, não mais interessar ao credor. A prestação é, então,

²⁶² SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1987. p.78.

²⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2. p.67. Na mesma direção, confira-se Salvatore Orlando Cascio: "[...] l'adempimento consiste nella attuazione del contenuto dell'obbligo. Si può estendere il concetto dell'adempimento solo estendendo quello del contenuto dell'obbligo: il debitore adempie, quando fa ciò che deve fare, ciò che è obbligato a fare" (CASCIO, Salvatore Orlando. *Estinzione dell'obbligazione per Conseguimento dello Scopo*. Milano: Giuffrè, 1938. p.63). Em tradução livre: "[...] o adimplemento consiste na realização do conteúdo da obrigação. Pode-se estender o conceito de adimplemento somente estendendo o conceito do conteúdo da obrigação: o devedor adimple quando faz o que deve, o que é obrigado a fazer".

²⁶⁴ GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento: corso di diritto civile*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1975. p.29 et seq.

irrecuperável.²⁶⁵ Por outro lado, haverá mora se a prestação devida, apesar de não cumprida no tempo, lugar ou modo ajustado, ainda for possível para o devedor e útil para o credor, nos termos do artigo 394 do Código Civil.

O legislador conferiu à mora conceito amplo, a abarcar, além da violação do prazo, a inobservância do lugar e da forma contratualmente fixados. Em verdade, além da demora, a mora também resta configurada quando o devedor não observa o lugar em que deve prestar, ou presta de forma diversa da pactuada.²⁶⁶ Como anota Agostinho Alvim, "é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um *retardo*, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955)".²⁶⁷

A impossibilidade ou inutilidade se refere, sempre, à prestação devida, não só à prestação principal. Nessa direção, se o descumprimento de dever de conduta ou de dever principal da prestação impossibilitar ou tornar inútil a prestação para o credor, configurado estará o inadimplemento absoluto. Por outro lado, se desse descumprimento resultar unicamente cumprimento imperfeito da prestação devida, sem, contudo, retirar-lhe a utilidade que dela espera o credor, sem comprometer o fim do negócio – desde que perceptível à outra parte –, estar-se-á diante de mora.²⁶⁸

Um exemplo ajudará a compreender melhor a distinção. Imagine-se que A, dono de restaurante em bairro da Zona Norte do Rio de Janeiro, contrate a empresa de publicidade B para fabricar e instalar 10 *outdoors*, na cidade, a fim de divulgar serviço de entrega domiciliar – a ser executado exclusivamente na Zona Norte – de pratos prontos para a ceia de Natal. B fabrica e instala os 10 *outdoors* no município do Rio de Janeiro, mas o faz em locais ermos, sem iluminação adequada e em ruas da Zona Oeste da cidade. A análise funcional da relação obrigacional celebrada indica

²⁶⁵ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.102.

²⁶⁶ A rigor, sob certo sentido, a mora sempre será um atraso culposo. Mesmo na hipótese em que o devedor cumpre no tempo certo, mas no lugar ou forma diversa do pactuado, haverá, sim, atraso da *prestação devida*, vale dizer, da *prestação satisfativa*, uma vez que *esta* não restou adimplida. O cumprimento imperfeito não é o cumprimento devido, pelo que se pode entender haver, nesse caso, *atraso no cumprimento da prestação devida, entendida como aquela que abarca os deveres de prestação, bem como os de conduta*.

²⁶⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1965. p.29, grifos no original.

²⁶⁸ Explica Clóvis do Couto e Silva que o fim do negócio não corresponde ao motivo, a algo psicológico, "mas de um *plus* que integra o fim de atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito [...]" (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.41).

que B não adimpliu sua prestação. Isso porque, embora tenha confeccionado a quantidade de *outdoors* solicitada e os tenha instalado nos limites do município ajustado, não os afixou em locais estratégicos à satisfação dos interesses de seu contratante. E não importa que o contrato tenha sido omissivo em relação a esses locais: a boa-fé objetiva impõe que o contratado considere as características do produto de seu contratante e seu público-alvo ao escolher os locais em que afixará os cartazes de publicidade.²⁶⁹

Nesse caso, portanto, a inobservância de dever de conduta ensejará mora ou inadimplemento absoluto, conforme haja ou não interesse do comerciante no recebimento tardio da prestação devida. Assim, caso não haja tempo hábil para a fabricação e instalação, nos locais apropriados, de outros 10 *outdoors* antes do Natal, configurar-se-á o inadimplemento absoluto por inutilidade da prestação para o credor. Por outro lado, se houver tempo suficiente para a reexecução da prestação nos exatos termos necessários à promoção do interesse do credor – consistente na divulgação, junto a seu público-alvo, de novo serviço oferecido exclusivamente no Natal –, incorrerá o devedor em mora.

Apesar do amplo conceito de mora adotado pelo legislador brasileiro, a classificação dicotômica do inadimplemento é alvo de críticas, ao argumento de não abarcar todas as possíveis situações de não cumprimento satisfatório; por essa razão, parte da doutrina propugna a adoção de figuras alienígenas, precisamente com o objetivo de disciplinar as supostas lacunas existentes, a exemplo da teoria da *violação positiva do contrato*, elaborada por Hermann Staub, advogado berlinense, em 1902.²⁷⁰

O jurista observou que o BGB, vigente havia dois anos, não trazia solução para um conjunto de situações de descumprimento não reconduzíveis ao retardo culposos (mora) e à impossibilidade da prestação (inadimplemento absoluto), que abarcaria violações negativas da obrigação nuclear. Tais situações, ao contrário daquelas disciplinadas pelo Código Civil alemão, caracterizavam-se por constituírem

²⁶⁹ A respeito de exemplo semelhante ao ora formulado, Clóvis do Couto e Silva conclui: "A não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. B deveria levar em consideração que quem contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade" (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p.41).

²⁷⁰ A teoria é desenvolvida em STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

um *facere*, um comportamento positivo pelo qual o devedor viola a obrigação, fazendo aquilo que deveria omitir, ou executando a prestação devida de modo inexato.²⁷¹ O dano não resultaria da omissão ou do atraso no cumprimento, mas de uma ação positiva,²⁷² de vícios ou deficiências da prestação efetuada – que se realiza, embora não como se impunha. O raciocínio de Staub parte, então, da estreita concepção de inadimplemento prevista originariamente no BGB, e acaba por ampliá-la, fazendo nela incluir uma terceira espécie de inexecução, até então não positivada.

As hipóteses fáticas abarcadas pela versão original da violação positiva do contrato não guardam unicidade interna. Isso se deve ao fato de a teoria ter sido elaborada a partir da observação de situações práticas que, apesar de diversas entre si, caracterizavam-se todas pelo fato de não serem passíveis de configurar mora ou inadimplemento absoluto no âmbito do sistema alemão. Ademais, Staub não se ocupou de estabelecer contornos rígidos para a figura que acabara de desenvolver; seu principal objetivo residia em apontar a existência da lacuna no BGB.²⁷³ Coube à doutrina reunir as hipóteses trazidas a lume por Staub em cinco

²⁷¹ *"Il BGB non contiene, peraltro, un'analoga disposizione per le numerose ipotesi in cui qualcuno viola un'obbligazione mediante condotta positiva, facendo qualcosa che dovrebbe omettere, oppure eseguendo la prestazione dovuta, ma in modo inesatto"* (STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.p.39). Em tradução livre: "O BGB não contém, por outro lado, uma análoga disposição para as numerosas 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".

²⁷² *Ibid.*, p.40.

²⁷³ Staub identificou, já na primeira página de seu livro, hipóteses configuradoras de violação positiva do contrato: *"I casi di cui qui si discute sono della massima importanza. Essi accadono nella pratica giuridica quotidianamente: li incontriamo ad ogni piè sospinto. Alcuni esempi: qualcuno, impegnatosi a non rivendere in Francia le lampade acquistate, lo fa comunque. Un commerciante fornisce ad altri una sostanza luminescente da lui prodotta, che contiene elementi esplosivi, senza richiamare l'attenzione del compratore su questa circostanza; la sostanza luminescente poi causa grossi danni nel negozio dell'acquirente. Un agente, per negligenza, redige resoconti inesatti circa la solvibilità di un suo cliente; un altro lavora in modo continuativo per una ditta concorrente, nonostante sia ravvisibile nella situazione concreta una grave violazione dell'obbligo. Un commesso, per colpa, vende largamente al di sotto del prezzo di costo. Un principale fornisce ad un suo commesso un'attestazione contenente referenze inesatte sull'attività lavorativa svolta"* (*Ibid.*, p.39). Em tradução livre: "Os casos aqui discutidos são da máxima importância. Eles acontecem na prática jurídica todos os dias e são encontrados a toda hora. Alguns exemplos: alguém que se comprometeu a não revender na França as lâmpadas adquiridas, e que as vende assim mesmo. Um comerciante fornece uma substância luminescente que ele mesmo produziu, contendo elementos explosivos, sem alertar o comprador sobre o perigo; a substância luminescente provoca graves danos à loja do comprador. Um funcionário, por negligência, faz um relatório inexato sobre a solvabilidade de um cliente; um outro trabalha de forma contínua para uma firma concorrente, apesar de que, na situação concreta, fica evidente uma grave violação da obrigação. Um balconista, por culpa, vende muito abaixo do preço de custo. Um empregador fornece para um funcionário um atestado contendo referências inexatas sobre o trabalho por ele executado".

grandes grupos: (a) mau cumprimento de deveres de prestação, a gerar danos distintos dos causados pela mora ou pela impossibilidade; (b) descumprimento de deveres laterais; (c) recusa antecipada do devedor a cumprir a obrigação; (d) descumprimento de obrigações negativas; e (e) não cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo.

Apesar das críticas,²⁷⁴ a teoria foi amplamente adotada pela jurisprudência alemã, sobretudo em razão de sua flexibilidade, a permitir utilização residual, aplicando-se a todos os casos de inadimplemento não abarcados pelos limitados conceitos previstos no Código alemão.²⁷⁵

Em 1.º de janeiro de 2002, entrou em vigor uma das mais profundas reformas do BGB desde sua sanção, a remodelar grande parte do direito das obrigações. Hipóteses antes não tratadas pelo Código, e solucionadas até então a partir de construções doutrinárias, foram expressamente contempladas na reforma, a dispensar a utilização de referidas doutrinas. Foi justamente o que ocorreu com a violação positiva do contrato.²⁷⁶

Com efeito, introduziu-se na lei alemã cláusula geral destinada a reger todas as reclamações de indenização por violação, seja de dever imposto por lei, seja de dever estabelecido pela vontade das partes. Trata-se do § 280, I, segundo o qual, "*if the debtor fails to comply with a duty arising under the contract, the creditor is entitled to claim compensation for the loss caused by such breach of his duty. This does not apply if the debtor is not responsible for the breach of duty*".²⁷⁷

Em comentário ao dispositivo, Claus-Wilhelm Canaris, um dos autores do projeto que deu origem às alterações do Código Civil, comparou o sistema anterior à reforma – que não previa expressamente a figura da execução defeituosa – ao ora vigente:

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).

²⁷⁴ Noticia as críticas referidas, Rocco Favale, em introdução à obra de Staub, ora citada: FAVALE, Rocco. *Presentazione*. In: STAUB, Hermann. *Le Violazioni Positive del Contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p.18-19.

²⁷⁵ *Ibid.*, p.16.

²⁷⁶ Sobre o tema, confira-se ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and the remedies under the new german law of obligations*. *Saggi, Conferenze e Seminari*, Roma, n.48, p.6 et seq., 2002.

²⁷⁷ Tradução do alemão para o inglês de Zimmermann (*Ibid.*, p.18). Em tradução livre: "[...] se o devedor descumprir uma obrigação contratual, o credor terá direito a reivindicar indenização por perdas e danos causadas por tal descumprimento. Isso não se aplica caso o devedor não seja responsável pelo descumprimento da obrigação".

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.²⁷⁸

A reforma introduziu, outrossim, a possibilidade legal de resolução do contrato diante do não cumprimento adequado da prestação pelo devedor, incluindo os casos de infração de deveres acessórios que diretamente tenham relação com a prestação principal, bem como as situações em que o devedor infringe deveres acessórios que não afetam a prestação principal em si mesma considerada, nos termos do § 324 BGB.²⁷⁹

Todas essas e outras inovações tornaram questionável, no direito alemão, a atual utilidade da teoria da violação positiva do contrato. No direito brasileiro, por sua vez, a questão se encontra há muito resolvida, tendo em vista a amplitude do conceito de mora adotado pelo artigo 394 do Código Civil – cuja redação é praticamente idêntica à do artigo 955 do Código Civil de 1916 –, e outros instrumentos específicos de tutela oferecidos ao credor, a exemplo da disciplina dos vícios redibitórios. De todo modo, a teoria tem sido aplicada no Brasil com temperamentos, e se lhe confere maior ou menor abrangência conforme se adote conceito de mora mais ou menos amplo.

Orlando Gomes, por exemplo, abraça conceito bastante restrito de mora, definindo-a como demora, impontualidade, atraso, violação do dever de adimplir a obrigação no tempo ajustado. Segundo o autor, as infrações relativas ao lugar e à forma do pagamento, embora ensejem a responsabilização do devedor, não configuram, tecnicamente, mora,²⁸⁰ mas violação positiva do contrato. A abrangência da teoria, nesse contexto, revela-se significativamente extensa.²⁸¹

²⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.25, p.17-18, 2.º sem. 2003. O autor complementa as observações: "Com relação às circunstâncias objetivas, esta regra exige uma violação da obrigação ou uma execução defeituosa de uma obrigação. Com base nesse princípio, a lei introduz a questão subjetiva de distinguir se o devedor é ou não responsável pelo inadimplemento. Neste particular, reverte o ônus da prova para o devedor" (p.18).

²⁷⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. *El nuevo derecho Alemán de obligaciones: un análisis desde la historia y el derecho comparado*. Tradução de Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008. p.77.

²⁸⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.198, grifos no original.

²⁸¹ De acordo com o autor, "os que assim procedem violam, com um ato, o crédito. Comportam-se diferentemente de quem atrasa o pagamento, pelo que incorreto será dizer que incorrem na mora. A estas violações positivas do crédito aplicam-se, entretanto, por analogia, as regras da mora. Daí a confusão" (Ibid., p.205-206, grifos no original).

Orientação diversa, no entanto, embora afirme que os conceitos pátrios de mora e vícios redibitórios abarcam várias hipóteses concebidas outrora na Alemanha como violação positiva do contrato, reputa-os insuficientes, já que não dariam conta do descumprimento de deveres de conduta que não se relacionam diretamente com o interesse do credor na prestação. A rigor, a fim de justificar a existência de lacuna no direito brasileiro, interpreta-se de forma restritiva o conceito de mora, que não abarcaria diversas hipóteses de descumprimento culposos da prestação por violação de deveres de conduta.

Nessa esteira, define-se violação positiva do contrato como o inadimplemento que decorre do descumprimento culposos de deveres laterais, sempre que esses deveres não se vinculem diretamente aos interesses do credor na prestação.²⁸² Tais deveres, afirma-se, não se relacionam de forma imediata com a realização da prestação, mas, sim, com o *melhor adimplemento*, entendido como aquele que atinge "mais perfeita e eficazmente o resultado esperado sem causar danos à outra parte e a terceiros".²⁸³

A razão, todavia, tampouco está com referida doutrina. Isso porque, a partir da concepção funcionalizada da relação obrigacional, o referido *melhor adimplemento* é, em verdade, o adimplemento devido. Ora, há apenas uma única prestação a que o devedor se obriga, há apenas um único comportamento capaz de promover o escopo econômico perseguido e realizar cabalmente o interesse do credor: o comportamento que executa a prestação principal e os deveres de conduta concretamente incidentes na relação contratual. Essa é a *prestação devida*, essa é a *prestação satisfativa*.

Por certo, 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 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 inexecução do comportamento devido e, conseqüentemente, ao não cumprimento da prestação satisfativa. Se essa violação acarreta a mora ou o inadimplemento absoluto é questão que se responde unicamente à luz do caso concreto, de acordo com a possibilidade

²⁸² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.268.

²⁸³ Id. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.45.

ou não do adimplemento, bem como com a manutenção ou não do interesse do credor na prestação.

Por todo o exposto, forçoso concluir que a tentativa de se adotar a violação positiva do contrato como terceira espécie de inadimplemento não se justifica, em definitivo, diante da riqueza da teoria do inadimplemento adotada pelo legislador nacional.²⁸⁴ Nem se diga que a teoria é importante para fundamentar o chamado inadimplemento antecipado²⁸⁵ – melhor designado inadimplemento anterior ao termo.²⁸⁶ Mais uma vez, o ordenamento jurídico brasileiro já contempla a disciplina aplicável à hipótese.

O inadimplemento anterior ao termo, como a própria expressão revela, nada mais é do que a configuração do inadimplemento antes mesmo do advento do termo de adimplemento.²⁸⁷ O instituto encerra importante mecanismo de proteção do

²⁸⁴ É o que sustentam, também, TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado: direito das obrigações*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. p.343-344; e NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p.585.

²⁸⁵ Fundamentam o inadimplemento anterior ao termo na violação positiva do contrato, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.128; DUARTE, Adriana Dardengo. *A quebra do contrato por repúdio antecipado no direito brasileiro: proposta de aplicação de uma teoria*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. p.170; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.263-264; dentre outros.

²⁸⁶ Conforme já apontado em outra sede (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.122), prefere-se usar a expressão "inadimplemento anterior ao termo", por ser mais fiel àquilo que realmente significa a figura. De todo modo, utilizar-se-á também a expressão "inadimplemento antecipado", em razão da consagração do uso.

²⁸⁷ O *leading case*, julgado pela 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 8 de fevereiro de 1983, tratava da seguinte situação: Nilo Antônio Peruzzo firmou dois contratos em conta de participação em empreendimento a ser realizado pelo Centro Médico Hospitalar de Porto Alegre Ltda., os quais ofereciam, além da participação nos lucros da sociedade, atendimento médico-hospitalar gratuito ao cotista e sua família mediante o pagamento de certa quota fixa, a ser dividida em parcelas mensais. Após a celebração do segundo contrato, constatou-se que o terreno em que a construção seria realizada sequer havia sido adquirido pelo Centro Médico. Em vista de tal situação, o contratante suspendeu os pagamentos e, em contrapartida, o Centro Médico protestou duas notas promissórias por ele assinadas. Em face da inadimplência do Centro Médico, o contratante ajuizou ação para resolver o contrato, bem como para ver declarada a nulidade de todas as notas promissórias a ele vinculadas, e para que lhe fossem restituídos os valores recebidos, acrescidos de juros e correção monetária, além de perdas e danos. Em primeiro grau, o juízo entendeu não restar configurado o inadimplemento da ré, devido à inexistência de prazo fixado para o início e término da construção do estabelecimento hospitalar. Em apelação, decidiu o então Desembargador Athos Gusmão Carneiro pela procedência da inicial, em todos os seus termos: "A Dra. Pretora refere que no contrato não estava previsto nenhum prazo para o Centro 'construir, instalar e operar estabelecimento hospitalar na cidade de Porto Alegre'. Todavia, considero evidente, como bem alega o apelante, que isso não significa goze um dos contratantes da faculdade de retardar *ad infinitum* o cumprimento das suas obrigações, e o outro seja obrigado a adimplir as suas com pontualidade, sob pena do protesto dos títulos. A sentença esquece toda a comutatividade contratual.

credor diante de relação contratual estéril, incapaz de produzir os efeitos para os quais foi constituída, em razão da precoce configuração do inadimplemento. Desse modo, exigir que o credor se mantenha inerte diante de tal situação, ao argumento da pendência do termo, revela apego a formalismo que há muito se abandonou. Por outro lado, deve-se cuidar para que a figura não sirva de válvula de escape para que o credor, arrependido do contrato celebrado, aproveite-se de conduta duvidosa do devedor para se livrar da indesejada relação contratual, sob a falsa alegação de inadimplemento. Mostra-se, portanto, imprescindível a correta identificação de seus suportes fáticos a fim de, incidindo a norma aplicável, atribuir-lhes os corretos efeitos jurídicos.²⁸⁸

O primeiro suporte fático a ser examinado é a manifestação de não querer ou não poder adimplir, que pode ser expressa ou tácita. Na manifestação expressa, o devedor declara expressamente que não cumprirá a prestação, por não querer ou não poder fazê-lo. Trata-se de declaração receptícia de vontade. Impõe-se que tal declaração seja séria, dotada de notável grau de certeza e definitividade, bem como livre de vícios. É o que se passa quando o incorporador, após celebrar promessa de compra e venda de unidades habitacionais, anuncia aos consumidores sua desistência em construir o empreendimento depois de transcorrido o prazo de carência.

A manifestação tácita de não adimplir, por sua vez, corresponde às situações em que é possível inferir da conduta do devedor que não cumprirá a obrigação. Por outras palavras, o devedor demonstra sua vontade de não adimplir, comportando-se contrariamente ao adimplemento. No que tange à manifestação tácita de não *querer* adimplir, não é necessário, evidentemente, certeza absoluta de que o devedor não cumprirá a prestação, o que, de fato, raramente ocorrerá. Basta que se evidencie, *com probabilidade próxima à certeza*, a intenção de não adimplir, exteriorizada por

Vejo, aqui, caso de completo inadimplemento por parte de um dos contratantes. Já transcorreram mais de 5 anos e o Centro Médico Hospitalar existe apenas *de jure*. De fato, esta sociedade, de objetivos tão ambiciosos e capital pequeníssimo, simplesmente não existe mais. Citada editalmente, foi revel. O hospital permanece no campo das miragens, e assim as demais vantagens prometidas aos subscritores. A citação vale por interpelação e ocorreu inadimplemento total. Incide o art. 1.092, parágrafo único, do CC" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ap. Cív. n.º 582000378*. Relator: Des. Athos Gusmão Carneiro. Julgamento: 08/02/1983. Órgão Julgador: 1.ª Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia).

²⁸⁸ Há, pois, que se afastar as situações em que se identifica mero risco de descumprimento. Risco de descumprimento é probabilidade de descumprimento, e não inadimplemento. Não se nega que tais hipóteses também requeiram atenção especial a fim de proteger o credor de *potencial*

meio de conduta do devedor incompatível com o padrão de comportamento de quem pretende cumprir a prestação.²⁸⁹

A manifestação tácita de não *poder* adimplir, por sua vez, se configura a partir do comportamento comissivo ou omissivo do devedor que *impossibilita* desde logo a prestação. Tal comportamento pode ser revelado de diversas formas, a exemplo do que se passa quando o devedor viola deveres de conduta ligados tão intimamente ao dever principal de prestação que seu descumprimento impossibilita o adimplemento da própria prestação devida. Isso ocorre, por exemplo, quando, antes do termo ajustado, o pintor aliena a terceiro a tela exclusiva que lhe fora encomendada por outro cliente: ao violar o dever de não agir de modo a obstaculizar o adimplemento da prestação, o devedor acaba por impossibilitar o cumprimento da prestação devida.

Por fim, serve também de suporte fático ao inadimplemento anterior ao termo o comportamento comissivo ou omissivo do devedor que inviabiliza o adimplemento no termo, a ensejar a perda de utilidade da prestação para o credor. Trata-se de configuração da mora anteriormente ao termo, em razão da qual a prestação se torna inútil para o credor.²⁹⁰ Impõe-se ao intérprete avaliar, com rigor, se em razão da mora a prestação se tornou, de fato, inútil, ou se, por mero capricho, o credor se nega a aguardar o cumprimento da prestação com atraso.

Em todas as situações descritas, o que resta violado, ao fim e ao cabo, é a prestação devida, seja por faltar elemento essencial à execução do comportamento devido – vontade –, a impossibilitar o *recebimento* da prestação pelo credor, seja por

descumprimento da prestação devida. Todavia, outra deve ser a disciplina a regular tais situações, com efeitos diversos daqueles produzidos nos casos de inadimplemento já configurado.

²⁸⁹ Em decisão proferida pela 2.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu o Rel. Des. Santini Teodoro que decorridos trinta e dois meses da celebração do contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária sem que a construtora sequer houvesse concluído o pavimento térreo do Edifício, previsto com 20 pavimentos e 68 apartamentos, e considerando-se que a empresa não apenas admitiu o incipiente desenvolvimento do empreendimento, como também autorizou a suspensão dos pagamentos mensais pelo promitente comprador e negociou a resilição do referido contrato, configurado está o inadimplemento anterior ao termo. Com efeito, de acordo com o Relator Desembargador, "essas condutas, acrescidas à exiguidade do tempo restante para a entrega da obra, caracterizam o inadimplemento antecipado da obrigação" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação com Revisão 3176244900*. Relator: Des. Santini Teodoro. Julgamento: 23/10/2007. Órgão Julgador: 2.^a Câmara de Direito Privado).

²⁹⁰ Embora esse estudo se concentre apenas no inadimplemento absoluto anterior ao termo, nada impede, naturalmente, a configuração também de simples mora anterior ao termo. Sobre essa

se tornar a prestação impossível para o devedor ou inútil para o credor. Não importa o meio pelo qual a prestação é violada, se por inobservância de dever de conduta ou prestação principal. O importante é a repercussão dessa inobservância na produção do resultado útil programado e, conseqüentemente, no interesse do credor na prestação.

E violada a prestação devida antes do advento do termo, a prestação se torna imediatamente exigível. Isso porque, conforme já se afirmou em outra sede, "o direito ao benefício do termo que não realiza a função para a qual foi concedido não merece tutela do ordenamento jurídico, pelo que deve ser desconsiderado, e a prestação passa a ser, também nesta hipótese, exigível".²⁹¹

Dito de outro modo, violada a prestação devida antes do advento do termo, o benefício deixa de ser tutelado pelo ordenamento jurídico, já que deixa de realizar a função para a qual foi concedido: conferir ao devedor prazo para adimplir perfeitamente a prestação, de sorte a produzir o resultado útil programado e satisfazer o interesse do credor. O devedor, inviabilizando o adimplemento da prestação – por declarar que não adimplirá, por tornar impossível a prestação ou por inutilizá-la para o credor –, perde o benefício, pois o termo deixou de exercer a sua função.²⁹²

possibilidade, confira-se NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p.643 et seq.

²⁹¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.79, grifos no original. Na mesma direção, confira-se a lição de Muraro: "*il beneficio del termine perdura a favore del debitore fintantoché permangono le condizioni, patrimoniali e personali, sulle quali il creditore (o la legge, quando il termine non è frutto di determinazione negoziale) fonda di norma la sua fiducia e la sua attesa in ordine alla soddisfazione spostata nel tempo del credito*" (MURARO, Giovanni. L'inadempimento prima del termine. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.21, 1.^a parte, p.252, 1975, grifou-se). Em tradução livre: "o benefício do termo continua a favor do devedor enquanto permanecem as condições, patrimoniais e pessoais, sobre as quais o credor (ou a lei, quando o termo não é fruto de determinação negocial) funda, via de regra, sua confiança e sua expectativa em relação à satisfação do crédito adiada no tempo". Não se trata, portanto, de vencimento antecipado da dívida, que apenas tem lugar nas hipóteses legalmente previstas. Cogita-se, aqui, de não realização da função do termo que, por isso, deixa de ser digno de tutela, a tornar a prestação exigível. Por isso, parece mais apropriado afirmar que a obrigação a termo é, normalmente, inexigível. A inexigibilidade não se impõe, *tout court*, com a concessão de termo, mas depende, sobretudo, da capacidade de o termo realizar sua função.

²⁹² TERRA, Aline de Miranda Valverde. O chamado inadimplemento antecipado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.15, n.60, p.151-152, out./dez. 2014. Segundo Mosco, a declaração de não poder ou não querer adimplir encerra verdadeira renúncia ao benefício do termo: "*nella manifestazione di volontà del debitore deve ravvisarsi implicita una rinunzia al beneficio del termine, rinunzia che naturalmente è del tutto valida [...]. Se il debitore ha rinunciato al beneficio del termine e non adempie esiste, anche dal punto di vista obiettivo, l'inadempimento e si potrà ottenere contro di lui una sentenza con effetti immediati*" (MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950. p.38). Em tradução livre: "na manifestação de vontade do devedor deve-se enxergar implícita uma renúncia ao benefício do termo, renúncia que naturalmente é válida [...]. Se o devedor renunciou ao benefício do termo e não adimple, existe, mesmo do ponto de vista objetivo, o inadimplemento e poder-se-á obter contra ele uma sentença

A perda do benefício implica a exigibilidade imediata da prestação, o que ocorre no exato momento em que o credor recebe a declaração do devedor no sentido de não querer adimplir, quando a prestação se torna impossível para o devedor, ou inútil para o credor. Demonstrada a violação da prestação e sua consequente exigibilidade, configurado está o inadimplemento, não já a suposta violação positiva do contrato, a autorizar o credor a pleitear o instrumento de tutela oferecido pelo ordenamento que melhor atenda aos seus interesses.²⁹³

Outro aspecto acerca da contemporânea teoria do inadimplemento, fundamental para o desenvolvimento desta tese, é o adimplemento substancial,²⁹⁴ relativo às hipóteses em que a "discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado"²⁹⁵ não impede a satisfação do interesse do credor, consubstanciado na realização do resultado útil programado. A teoria decorre, a toda evidência, da contemporânea funcionalização da relação obrigacional e das noções de equilíbrio econômico do contrato e de boa-fé objetiva, que permitiram ampliar e objetivar a análise do efetivo atendimento do escopo perseguido pelo credor, a despeito do adimplemento imperfeito. Trata-se o adimplemento substancial, em verdade, de mora, não já de inadimplemento absoluto, razão pela qual se afasta a aplicação dos remédios voltados à tutela do credor diante desta espécie de inadimplemento, a exemplo da resolução da relação obrigacional.²⁹⁶

Com efeito, o grande mérito do desenvolvimento da teoria foi ressaltar a necessidade de controlar a legitimidade de *todos* os instrumentos de tutela pleiteados pelo credor, a partir de um juízo de proporcionalidade: cuida-se, em suma, de avaliar se o sacrifício imposto ao devedor pelo remédio requerido pelo credor é proporcional ao sacrifício do seu interesse causado pelo descumprimento da prestação satisfativa.

com efeitos imediatos". Giovanni Persico se refere a uma "*decadenza volontaria dal beneficio del termine*" (PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955. p.112).

²⁹³ Quanto aos instrumentos de tutela à disposição do credor diante do inadimplemento anterior ao termo, seja consentido remeter, uma vez mais, a TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.238 et seq.

²⁹⁴ Sobre o tema, veja-se, mais detidamente, o item 2.4, *infra*.

²⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.134.

²⁹⁶ Judith Martins-Costa parece reconhecer que o adimplemento substancial configura mora. De acordo com a autora, a teoria "bem mostra que, por vezes, a virtude está no meio: nem o contrato é resolvido nem o credor é prejudicado, pois o devedor deve pagar perdas e danos pelos prejuízos causados pela mora" (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2. p.230).

Nessa direção, a teoria do adimplemento substancial permite, por exemplo, afastar a prorrogação da responsabilidade do devedor pelo fortuito, nos termos do artigo 399 do Código Civil, quando a repercussão da mora sobre o resultado útil perseguido pelo credor com o concreto regulamento de interesses for desprezível,²⁹⁷ sob pena, então, de lhe impor sacrifício desproporcional à lesão ao interesse do credor diante da inexecução de pouca importância.

De fato, não se afigura razoável imputar ao construtor os danos que advierem ao imóvel por caso fortuito ou força maior em razão de atraso na entrega, ao comprador, da convenção de condomínio, ainda que a isso esteja contratualmente obrigado. Nessa hipótese, a demora na entrega da convenção encerra, de regra, descumprimento qualitativamente pouco relevante no contexto da prestação devida, porquanto atendido o escopo perseguido pelas partes com a celebração do contrato, razão pela qual não se parece legítimo transferir ao construtor o risco por eventuais danos ao imóvel decorrentes de evento necessário e irresistível – o que não o exime, naturalmente, de entregar, apesar do atraso, referido documento, sem prejuízo do pagamento da indenização porventura cabível. Se assim não fosse, atribuir-se-ia ao devedor sacrifício desproporcional diante da lesão ao interesse do credor causada pela ínfima inexecução da prestação devida.

Essa faceta do adimplemento substancial permanece pouco explorada pela doutrina e jurisprudência, apesar do seu amplo potencial de aplicação e flagrante conformação à contemporânea teoria do inadimplemento, voltada a proteger o interesse do credor na obtenção do resultado útil programado sem, todavia, descuidar da necessária proteção aos legítimos interesses do devedor.

Por todo o exposto, constata-se que a renovada dogmática obrigacional mantém a plena higidez da classificação dicotômica do inadimplemento. Cumpre destacar, por fim, que a configuração de qualquer das espécies de inadimplemento pressupõe que a inexecução decorra, de regra, da conduta culposa do devedor.

No âmbito da responsabilidade contratual, o critério de imputabilidade lastreado na conduta culposa afigura-se ainda preponderante, embora se observe crescente adoção do critério objetivo de imputação, lastreado em normas que atribuem ao devedor a assunção de risco, de dever de segurança ou de garantia. Dessa forma,

²⁹⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.114

constitui inadimplemento imputável, ao lado dos comportamentos comissivos ou omissivos que ensejam a responsabilidade subjetiva do devedor (art. 392), todas as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas em lei, bem como aquelas em que o contratante assume expressamente o risco da não verificação do resultado pretendido. Em suma, como esclarece Judith Martins-Costa, "muitas vezes não importa saber quem é *culpado* pelo inadimplemento, mas apenas quem é o *responsável* por ele".²⁹⁸

De todo modo, mesmo no âmbito da configuração do inadimplemento por imputação subjetiva, a depender, portanto, da conduta culposa do devedor, observa-se relevante alteração no mecanismo de aferição da culpa. Adota-se o conceito normativo de culpa, fundado na ideia de erro de conduta, de acordo com o qual a "culpa seria um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto é, ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias".²⁹⁹

O devedor não está, dessa forma, obrigado a fazer o impossível para evitar o inadimplemento, mas a adotar conduta "*secondo il metro della media diligenza*".³⁰⁰ A diligência exsurge, então, como a medida para estabelecer como o devedor deve se comportar na execução do contrato; do devedor não se requer que haja no limite do impossível, mas unicamente no limite da diligência.

Revisitada a teoria do inadimplemento, importa investigar a configuração do inadimplemento absoluto da obrigação constante de cláusula resolutiva expressa. Conforme apontado reiteradamente, trata-se de análise a ser empreendida no caso concreto, a partir da particular economia contratual, uma vez que o resultado útil programado em cada contrato é único, dotado de peculiaridades que não se repetem em qualquer outro negócio. Por essa razão, há que se afastar qualquer tentativa de abstrativização da análise acerca da licitude e legitimidade da cláusula resolutiva expressa; certa inexecução de obrigação que, em determinado contrato,

²⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2. p.89. Na mesma direção: ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.117 et seq.

²⁹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.211.

³⁰⁰ ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8.ed. Padova: CEDAM, 2013. p.540. Em tradução livre: "segundo a medida da diligência média".

não assume relevância, pode se revelar grave em outro contexto contratual, a autorizar, neste caso, mas não naquele, a resolução extrajudicial.

2.1.2 A inexecução da obrigação essencial e a superveniência do risco constante da cláusula resolutiva expressa

A resolução da relação obrigacional, facultada pela cláusula resolutiva expressa, pressupõe o inadimplemento absoluto da prestação. O suporte fático objetivo do inadimplemento absoluto conforma-se com a impossibilidade da própria prestação objeto da obrigação inserida na cláusula, ou com a sua inexecução que conduz à inutilidade da prestação satisfativa. Examinar-se-ão, em primeiro lugar, as situações em que se configura a impossibilidade para, em seguida, passar-se a investigar a inutilidade.

Não é possível delinear teoria única sobre a impossibilidade da prestação. Cumpre distinguir os diversos tipos de obrigação a fim de verificar como, em cada uma delas, delinea-se a impossibilidade.³⁰¹

A impossibilidade superveniente se conforma diante da perda do objeto em obrigação de dar coisa certa, nos termos do artigo 234, do Código Civil, e em obrigações de restituir, conforme estabelece o artigo 239 do Código Civil. A respeito do conceito de *perda*, Caio Mário da Silva Pereira explica que se deve tomá-lo em acepção ampla, pois "tanto abrange o seu desaparecimento total (*interitus rei*), quanto ainda o deixar de ter suas qualidades essenciais, ou se tornar indisponível, ou situar-se em lugar que se tornou inatingível, ou ainda de confundir-se com outra".³⁰²

Nas obrigações de dar coisa incerta, são mais restritas as hipóteses que conduzem ao inadimplemento por impossibilidade da prestação, pois "antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito" (art. 246 do Código Civil).³⁰³ A indeterminação é

³⁰¹ A advertência é feita, também, no direito italiano, por ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8.ed. Padova: CEDAM, 2013. p.542.

³⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2. p.51, grifos no original. Essa acepção ampla de perda já era sustentada por Carvalho Santos no seu *Código Civil brasileiro interpretado* (Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1935. v.11. p.31).

³⁰³ Conforme anota Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o cumprimento da obrigação genérica "sempre é possível, enquanto houver o gênero, ainda que não esteja eventualmente no patrimônio do

incompatível com o perecimento e com a deterioração, afinal, *genus non perit* – a menos que seja limitado, o que poderá ocorrer excepcionalmente. Por conseguinte, a coisa só se torna suscetível de sofrer deterioração ou perda após a individuação.

No que tange às obrigações de fazer, previstas no artigo 248, avalia-se a impossibilidade por mecanismo próprio, diverso daquele relativo à obrigação de dar, baseado na aferição da diligência no adimplemento e no esforço médio requerido ao devedor.³⁰⁴ Orosimbo Nonato fornece didáticos exemplos em que a prestação se torna impossível sem culpa do devedor: "se o pintor obrigado a fazer um quadro foi entrepreendido pela cegueira e pela paralisia, a *obligatio facendi*, a que se vinculava, resolve-se, como no caso de o operário contratado para uma construção se tornar impossibilitado, por doença, de qualquer esforço físico".³⁰⁵

Da impossibilidade objetiva das obrigações de não fazer,³⁰⁶ ocorrida entre a conclusão da avença e a data do início da prestação, tratou o artigo 250 do Código Civil: verifica-se sempre que, por ato do devedor, torna-se impossível se abster do comportamento a que estava obrigado omitir. Por outro lado, extingue-se a obrigação quando o devedor, originalmente obrigado à inércia, pratica o ato proibido em virtude da impossibilidade de se abster, como se dá, em exemplo também fornecido por Orosimbo Nonato, quando alguém se obriga a não construir em certas condições, mas a superveniente alteração das posturas edilícias o obriga a edificar exatamente naquelas condições.³⁰⁷

Qualquer que seja a espécie de obrigação a que se vincula o devedor, a impossibilidade total que conduz ao inadimplemento absoluto é aquela imputável, diante da qual o credor poderá optar entre executar a prestação pelo equivalente ou resolver a relação obrigacional extrajudicialmente, se houver cláusula resolutiva

devedor" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.99).

³⁰⁴ ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8.ed. Padova: CEDAM, 2013. p.542.

³⁰⁵ NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.1. p.295.

³⁰⁶ San Tiago Dantas esclarece a natureza da obrigação de não fazer: "nas obrigações negativas, se tem sempre como conteúdo uma omissão. O devedor compromete-se a não fazer, e, neste não fazer, dois podem ser os aspectos: ou o devedor se compromete a não fazer alguma coisa, que normalmente estaria na esfera do seu direito, e, nesse caso, em que ele assume a obrigação de abster-se de um ato ou, então ele vai mais adiante e assume a obrigação de tolerar que o credor faça alguma coisa, que ele normalmente poderia repelir e, então, ele não se limita a abster-se de um ato, mas vai mais adiante, e chega, até a sofrer um ato que outro pretende praticar" (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v.2. p.31).

³⁰⁷ NONATO, op. cit., p.317.

expressa. Observe-se, no entanto, que a imputabilidade não é exigida para a resolução decorrente da impossibilidade da prestação *tout court*, mas para a resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa. Diante da total impossibilidade da prestação por ato inimputável ao devedor, como apontado alhures, não surge para o credor o direito potestativo de resolver a relação obrigacional; o contrato se resolve automaticamente, por incidência direta da lei, a não ser que o devedor tenha assumido expressamente o risco da superveniência do caso fortuito causador da impossibilidade. Nesse caso, a mera impossibilidade da prestação configura o inadimplemento absoluto, e confere-se ao credor o direito de optar entre executar a prestação pelo equivalente ou resolver a relação obrigacional.

A resolução também é facultada se o devedor permite que a obrigação só possa ser adimplida mediante esforço extraordinário, ou dependa da verificação de fato cuja probabilidade é tão remota que, racionalmente, não é de esperar que se realize.³⁰⁸ Trata-se, na realidade, de divisão dos riscos contratuais: se o devedor, por ato a ele imputável, se coloca na situação descrita, é ele quem deve arcar com as consequências daí advindas, pois não se pode exigir do credor que permaneça vinculado à relação jurídica que apenas excepcionalmente alcançará sua finalidade, correndo o risco de ter seu prejuízo agravado, se não agir de imediato.

Por se tratar de obrigação essencial, sua impossibilidade conduzirá, necessariamente, ou à impossibilidade da própria prestação satisfativa, ou à perda de sua utilidade para o atingimento do escopo econômico perseguido pelo credor, inviabilizando a produção do resultado útil programado e, por consequência, a satisfação do interesse do credor. Nesse caso, por conseguinte, a configuração do inadimplemento absoluto se subordina somente à ratificação da essencialidade da obrigação e à sua impossibilidade imputável ao devedor, a não ser, repita-se, que ele tenha assumido expressamente o risco do específico evento que impossibilitou a prestação.

³⁰⁸ É a lição de Ludwig Enneccerus: "*La imposibilidad de la prestación se considera definitiva no sólo cuando de antemano se excluye con seguridad toda previsión de que desaparezca el obstáculo que se pode a la prestación, sino también cuando su desaparición sólo puede tener lugar en virtud de un hecho cuya probabilidad es tan remota que, racionalmente, no es de esperar que se realice. Si el vendedor de una finca, antes de transmitirla al comprador, la enajena culposamente a un tercero y no demuestra tener a su libre disposición una facultad de readquirirla por ejemplo, en virtud de un derecho de resolución o de retracto, se le condenará inmediatamente a la indemnización en metálico*" (ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Tradução de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944. v.1, t. 2. p.246, grifou-se).

A análise da essencialidade da obrigação, conforme se afirmou, deve ser levada a cabo não apenas no momento da celebração do negócio, quando da redação da cláusula, mas igualmente no momento de sua execução, quando o credor pretende a resolução, já que circunstâncias supervenientes podem alterar a relevância da obrigação no contexto da relação contratual, de modo que sua impossibilidade não impacte negativamente no interesse do credor na prestação devida.

É o que pode acontecer, por exemplo, quando há cessão de posição contratual,³⁰⁹ em que se altera o aspecto subjetivo da relação,³¹⁰ e se mantém a disciplina originalmente pactuada; o cessionário passa a assumir os deveres e a titularizar os direitos anteriormente atribuídos ao cedente.³¹¹ Pense-se em contrato de promessa de compra e venda de loja em centro comercial, no qual a empreendedora se compromete a instalar as lojas âncoras A, B e C, que atuam em certo ramo comercial fundamental para a viabilidade financeira da atividade a ser desenvolvida pelo adquirente, razão pela qual referida obrigação é inserida em cláusula resolutiva expressa.

Meses depois, o adquirente cede seu contrato a investidor imobiliário, que pretende alugar a loja para terceiros. O empreendedor, em seguida, comunica que, em lugar das lojas âncoras A, B e C, serão instaladas as lojas D, E e F, de outro ramo comercial, mas com maior capacidade de captação de público para o centro comercial. Não há dúvida de que o empreendedor, com sua conduta, impossibilitou a instalação das lojas âncoras anteriormente ajustadas, a autorizar, em tese, a resolução do contrato. Todavia, embora a obrigação de instalar referidas lojas fosse essencial no momento da celebração do negócio, uma vez que indispensável para a

³⁰⁹ Embora o Código Civil de 2002 tenha previsto expressamente a cessão de posição contratual apenas no art. 785, relativo ao contrato de seguro, não há qualquer óbice à cessão de posição contratual em outros contratos, típicos ou atípicos. No direito italiano, o art. 1.406 contempla genericamente a operação: "*Ciascuna parte può sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta*". Em tradução livre: "Qualquer das partes pode se fazer substituir por um terceiro nas relações derivadas de um contrato com prestações correspectivas, caso estas não tenham sido ainda executadas, e desde que a outra parte concorde." O mesmo se observa no direito português, cujo art. 424.º do Código Civil determina: "1. No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão. 2. Se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, esta só produz efeitos a partir da sua notificação ou reconhecimento".

³¹⁰ CABRAL, Antônio da Silva. Cessão de contratos In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.50.

consecução do escopo econômico perseguido pelo adquirente originário, deixou de sê-lo com a cessão da posição contratual ao investidor, para quem o fundamental é que o centro comercial seja o mais atrativo economicamente possível, a valorizar seu investimento, independentemente da atividade desenvolvida pelas lojas. A prestação devida, portanto, conserva plena utilidade para o promitente comprador, a despeito da impossibilidade da obrigação, a impedir a resolução da relação obrigacional.

Observe-se, por oportuno, que a impossibilidade a que se refere, a autorizar a resolução extrajudicial, é da obrigação constante da cláusula resolutiva expressa, conforme definida no concreto programa contratual. Se uma empresa de transporte rodoviário é contratada para transportar certa carga do interior do país ao porto, e se faz incluir na cláusula resolutiva a obrigação de entregar a carga em dia certo, na hipótese de o caminhão enguiçar por falta de manutenção, a impedir a entrega na data aprazada, conquanto o transporte possa ser feito por ferrovia, considera-se a prestação impossível: devida é a prestação contratualmente ajustada, e não qualquer outra prestação capaz de promover igual resultado, mas de natureza radicalmente diversa.³¹²

Se a impossibilidade da obrigação constante da cláusula resolutiva for parcial, impõe-se investigar a extensão da lesão causada ao interesse do credor. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a impossibilidade parcial "servirá de fundamento para o pedido resolutório se a falta ofender substancialmente o interesse do credor".³¹³ Nesse caso, portanto, o cumprimento imperfeito da obrigação em razão da impossibilidade parcial facultará a resolução pelo credor se, de acordo com o programa econômico concretamente traçado pelas partes, tornar a prestação inútil para o credor.

Pode ser, ainda, que apesar de possível a obrigação essencial, sua inexecução torne inútil para o credor a prestação devida. Tanto nesta como na situação descrita no parágrafo anterior, impõe-se aferir no que consiste referida inutilidade.

³¹¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cessão de posição contratual. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.403.

³¹² TRIMARCHI, Pietro. Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.54, n.3, p.350, maio/jun. 2008.

³¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.551.

A utilidade deriva da capacidade de a coisa ou o ato satisfazer o interesse do credor. Por conseguinte, considera-se inútil a prestação quando a inexecução da obrigação provocar o desaparecimento do interesse do credor em recebê-la.³¹⁴ A inutilidade pode decorrer da inobservância do tempo, do lugar e da forma ajustados para o cumprimento da obrigação.³¹⁵ Trata-se, em verdade, de matéria de fato.

Contudo, diante do total incumprimento da obrigação essencial ainda possível, presume-se a sua definitividade e, conseqüentemente, o inadimplemento absoluto, uma vez que não interessa ao credor receber a prestação em desacordo com referida obrigação. Constatados (a) o legítimo exercício da autonomia privada, a resultar em cláusula resolutiva válida, (b) a conservação da essencialidade da obrigação, que não se alterou por interferência de circunstâncias supervenientes, e (c) a inexecução total e definitiva dessa obrigação, configura o inadimplemento absoluto da prestação devida. Se a obrigação é essencial, sua execução se afigura imprescindível para a produção do resultado útil programado e, em consequência, para a satisfação do interesse do credor. A resolução se coloca, dessa forma, como remédio proporcional, sacrificando o interesse do devedor em favor do interesse do credor, gravemente violado.

Excepcionalmente, pode ocorrer de o incumprimento total da obrigação essencial não retirar o interesse do credor em recebê-la em atraso, caso da cláusula resolutiva expressa não conste o termo de adimplemento. Pense-se no dono de um haras que cria exclusivamente cavalos mangalarga, e celebra compra e venda de cinco equinos com outro criador, fazendo constar do contrato que a entrega de raça diversa o autoriza a resolver a relação obrigacional de pleno direito. No dia ajustado, o comprador recebe 5 cavalos árabes. Não havendo termo essencial, o incumprimento total não é definitivo, visto que o credor ainda tem interesse em receber os animais da raça escolhida, mesmo depois da data convencionada. Veja-se, portanto, que a obrigação (entregar cavalos mangalarga) conservou sua essencialidade, e seu incumprimento total configurou apenas mora, haja vista que o credor ainda pode receber utilmente a prestação.

³¹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.718.

³¹⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965. p.66.

Sem embargo, houvesse termo indicado na cláusula, como normalmente acontece, qualificando-se, então, como essencial – imagine-se que o credor tivesse adquirido os animais para participar de um grande concurso, do qual foi excluído por não os ter recebido a tempo de inscrevê-los no evento –, a inexecução seria total e definitiva, configurando, de pronto, o inadimplemento absoluto, a autorizar a resolução.

Por outro lado, se a obrigação inserida na cláusula resolutiva expressa nunca foi ou se deixou de ser essencial, sua total inexecução não impede a satisfação do interesse do credor, e se afasta, em princípio, a resolução da relação obrigacional.

Afirma-se "em princípio", porque, na linha do que se tem reiteradamente ressaltado, a análise da cláusula resolutiva deve ser sempre feita *in concreto* e no momento do exercício da resolução pelo credor. É possível que, em certo arranjo contratual, circunstâncias fáticas desqualifiquem a obrigação como essencial, mas acontecimentos posteriores lhe devolvam o atributo, a autorizar a resolução. Se a relação obrigacional é um processo e apresenta caráter vincadamente dinâmico, é inexorável a influência das superveniências no programa contratual.

Pense-se em contrato de execução diferida (não continuada) celebrado para fornecimento de certo insumo a ser utilizado na fabricação do produto final do credor, circunstância conhecida do fornecedor. Desse contrato, consta cláusula resolutiva expressa segundo a qual a inobservância do prazo avençado para a entrega do insumo permite ao credor resolver de pleno direito a relação. De fato, se o credor não receber o insumo até a data ajustada, perderá sua produção, já que ele deve entrar na cadeia produtiva em momento exato. Imagine-se, agora, que o fornecedor do insumo não o entregue no dia combinado, mas que o próprio credor tenha atrasado a sua produção por outros fatores. Nesse caso, a observância da data ajustada para a entrega do insumo deixou de ser qualificada como obrigação essencial, uma vez que seu descumprimento não impede a satisfação do interesse do credor; a prestação continua a lhe ser útil, mesmo se entregue em data posterior, razão pela qual deverá ser admitido o adimplemento tardio.

Entretanto, se a mora inicial puder se converter em inadimplemento absoluto – o que ocorreria com a aproximação da fase final do ciclo produtivo do credor, quando precisaria, impreterivelmente, do insumo contratado –, em homenagem à boa-fé objetiva, o credor deverá notificar o devedor, conferindo-lhe prazo certo para adimplir sua obrigação, cuja inobservância facultar-lhe-á a resolução extrajudicial da

relação obrigacional. Note-se que a legitimidade do exercício do direito de resolver depende, neste caso, mesmo em presença de cláusula resolutiva expressa, da referida notificação, por meio da qual, em homenagem à boa-fé objetiva, se dá a conhecer ao devedor que a não execução da prestação no tempo concedido conduzirá à perda do interesse do credor na prestação e, conseqüentemente, ao inadimplemento absoluto.

As soluções ora propostas parecem garantir o justo equilíbrio entre dois interesses divergentes: o do credor em resolver o contrato em razão do agravamento da mora, que se converte em inadimplemento absoluto, e o do devedor em conservar o contrato, cumprindo-o no prazo concedido. Esse prazo suplementar peremptório – fundado, repita-se, na boa-fé –, deve ser razoável, fixado de acordo com a natureza da prestação, as necessidades e o interesse do credor, bem como com as particulares circunstâncias da mora do devedor. Imprescindível, ademais, que o prazo seja indicado com precisão, sem gerar dúvidas acerca do termo *ad quem*.³¹⁶

Mais complicado é verificar se é possível resolver a relação obrigacional se o cumprimento da obrigação for parcial ou inexato. A rigor, tendo as partes ajustado que certa obrigação se afigura essencial para a satisfação do programa negocial, poder-se-ia afirmar que qualquer execução em desacordo ao contratado configuraria inadimplemento absoluto, a autorizar a resolução da relação. No entanto, a configuração do inadimplemento absoluto não prescinde da consideração do equilíbrio econômico do contrato e da boa-fé objetiva, que incidem imperativamente, a despeito da vontade das partes.

Com efeito, a execução parcial ou inexata obstará a resolução se, no contexto do concreto programa negocial, e à luz da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato, a lesão causada ao interesse do credor na prestação revelar-se desprezível. Nessa circunstância, em que a relação obrigacional ainda se mostra apta a promover sua função econômico-individual, sequer chega a nascer o direito de resolver, pois não há inadimplemento absoluto, mas adimplemento substancial.³¹⁷

³¹⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.119.

³¹⁷ É também o que sustenta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao tratar especificamente da resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa: "O descumprimento previsto deve ser significativo para a economia do contrato, não se admitindo que a pequena desatenção do devedor seja motivo para a extinção" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.400). Ao tratar da resolução no âmbito da cláusula resolutiva tácita, o autor destaca também a

Franquear ao credor a resolução importaria em imputar ao devedor sacrifício desproporcional à lesão causada ao seu interesse.³¹⁸

Nessa direção, considera-se grave a lesão ao interesse do credor – apta a configurar inadimplemento absoluto – se a inexatidão da obrigação executada desarranjar o equilíbrio econômico entre as prestações. Significa, portanto, que a execução parcial ou inexata que torne a prestação economicamente diversa do que fora pactuado, compromete o interesse no intercâmbio das prestações, a repercutir gravemente no interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional. A análise, a toda evidência, não prescinde da *fattispecie* concreta, e requer a consideração do equilíbrio promovido pelo particular regulamento contratual.

O exame da intensidade da lesão ao interesse do credor não pode descurar, naturalmente, das necessidades que tem o credor em receber uma prestação que atenda à carência que a prestação se presta a suprir, de acordo com a legítima expectativa concretamente despertada, ou seja, de acordo com a boa-fé objetiva. Nessa senda, há que se ter em conta, por exemplo, as qualidades, a identidade do

necessidade de que a lesão ao interesse do credor seja grave, na mesma linha do que apregoa para a cláusula resolutiva expressa. Por essa razão, vale transcrever sua lição: "Não há gravidade no inadimplemento, isto é, o inadimplemento não é substancial, quando a prestação, embora incompleta ou imperfeita, possa ser considerada como sendo adequada à satisfação do interesse do credor. Haveria nesse caso uma inexecução insuficiente para provocar a extinção do contrato" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.540). Francisco Eduardo Loureiro exige, igualmente, que a lesão ao interesse do credor seja grave, mesmo diante de cláusula resolutiva expressa: "Claro que a violação de escassa importância, insuficiente para comprometer os interesses do credor ou de destruir a equação econômica do contrato, não pode causar sanção desproporcional de extinção do pacto, como visto acima ao tratarmos da teoria do adimplemento substancial" (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Extinção dos contratos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.637). No direito italiano, confira-se: GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1031, 2013; PUTTI, Pietro M. La risoluzione. *Diritto civile*. In: LIPARI, Nicolò. RESCIGNO, Pietro (Dir.). ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.1168.

³¹⁸ Como observa Roberta Mongillo, "*In relazione alla clausola risolutiva espressa [...], è pensabile, allora, che un punto d'incontro tra l'esigenza di rispettare l'autonomia privata e quella di garantire una verifica dell'adeguatezza del rimedio nel caso concreto possa essere trovato, in presenza di interessi omogenei, proprio grazie all'applicazione del principio di proporzionalità, che permette di realizzare il giusto equilibrio tra libertà e meritevolezza dei contenuti*" (MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.211-212). Em tradução livre: "Em relação à cláusula resolutiva expressa [...], considera-se que um ponto de equilíbrio entre a exigência de se respeitar a autonomia privada e aquela de garantir um controle da adequação do remédio no caso concreto pode ser encontrado, tratando-se de interesses homogêneos, exatamente por meio da aplicação do princípio de proporcionalidade, que permite realizar o justo equilíbrio entre liberdade e merecimento de tutela dos conteúdos".

credor considerado.³¹⁹ Lembre-se do exemplo já referido sobre o dono de restaurante localizado em bairro da Zona Norte do Rio de Janeiro, que contrata fornecedor para fabricar e instalar *outdoors* para divulgar um novo serviço de entrega domiciliar de ceias por ocasião do Natal; as características do contratante, a indicar seu público-alvo, foram fundamentais para concluir pela inutilidade da prestação executada.

Não se cuida de perquirir a vontade íntima do credor, sua intenção particular ao celebrar o contrato. Os motivos que levaram o agente a praticar determinado negócio jurídico, como indica o artigo 140 do Código Civil, são irrelevantes para o direito; não importa para a ordem jurídica que, posteriormente à celebração do contrato, se frustre a motivação subjetiva, interna e psicológica das partes. Em igual sentido, o rompimento do vínculo obrigacional não pode depender da avaliação arbitrária do credor acerca da utilidade da prestação executada em inobservância à obrigação inserida na cláusula resolutiva expressa. O interesse do credor relevante para a configuração do inadimplemento é aquele objetivado no contrato, deduzível do programa negocial e das características do credor.

O interesse do credor na prestação que importa para a análise relativa ao cabimento do remédio resolutório é aquele contemporâneo à declaração dirigida à resolução – e nem poderia ser diferente, já que a essencialidade da obrigação se liga diretamente à sua relevância para a satisfação do interesse do credor, que é suscetível às vicissitudes de circunstâncias supervenientes.³²⁰

Para essa avaliação, o comportamento do credor assume particular relevância, sobretudo após a inexecução da obrigação, porque pode servir de indício do quão grave é a lesão ao seu interesse: sua tolerância em relação à impontualidade da prestação, admitindo seu posterior cumprimento ou executando a prestação que lhe incumbe em vez de pleitear a resolução, indica que a lesão a seu interesse não foi séria o suficiente, ao menos naquele momento, a configurar o inadimplemento absoluto.

De todo modo, a tolerância é somente mais um dado fático a se somar ao conjunto de elementos que serve à aferição da gravidade da lesão ao interesse do credor. Trata-se, como se afirmou, de indício, e não de prova absoluta e incontestável da conservação da utilidade da prestação, que deve ser cotejada com as demais

³¹⁹ SPALLAROSSA, M. Rosa. Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.18, n.2, p.476, 1972.

circunstâncias do negócio, sobretudo com outros eventos supervenientes. Lembre-se, por exemplo, que a perpetuação da mora pode jogar por terra o interesse do credor, e autorizar a resolução extrajudicial, por quebra do sinalagma.

Em suma, o incumprimento da obrigação essencial que lesa o interesse do credor é aquele que altera "a *funcionalidade* do contrato, implicada no concreto *programa negocial*, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte".³²¹ O desaparecimento do interesse se liga, portanto, à frustração das utilidades concretas que a prestação deveria proporcionar ao credor.³²² Isso posto, a perda do interesse do credor se traduz no desaparecimento objetivo da utilidade que a prestação se destinava a oferecer ao credor, em conformidade com o concreto programa contratual. Por outro lado, se a desconformidade com a obrigação ajustada for irrelevante no contexto do concreto regulamento contratual, incapaz de afetar a funcionalidade do negócio, há mora, a afastar a tutela resolutória. Cuida-se, em verdade, de reconhecer a inafastabilidade de dois parâmetros para a qualificação da inexecução como inadimplemento absoluto: o equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva.

Três critérios, no entanto, devem ser peremptoriamente descartados da análise sobre a gravidade da lesão ao interesse do credor. O primeiro é o grau da culpa do devedor. Sua conduta assume importância exclusivamente para a configuração do inadimplemento, e, ainda assim, quando se exige imputabilidade subjetiva. Nas situações em que o suporte fático da cláusula contempla a assunção do risco da superveniência de caso fortuito ou o vício redibitório, não se avalia o comportamento do devedor. Seja como for, em nenhuma hipótese se cogita da gravidade da culpa, que não impacta, de forma alguma, sobre a extensão da lesão ao interesse do credor.

Ademais, a gravidade da lesão ao interesse do credor não deve ser mensurada com base na extensão do dano sofrido – segundo parâmetro –, que pode sequer

³²⁰ AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942. p.419.

³²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2. p.256.

³²² De acordo com Menezes Cordeiro, "o interesse do credor deve ser apreciado objectivamente [...] tomado como a aptidão que tenha a prestação para satisfazer as necessidades do credor" (MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Reimp. 1986. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. v.2. p.444).

existir.³²³ Posto que a indenização por perdas e danos possa ser pleiteada por ocasião da resolução,³²⁴ não existe correlação necessária entre ambos os mecanismos de tutela, que exigem, inclusive, pressupostos diferentes para sua atuação. Na realidade, a diversidade de pressupostos dos dois remédios decorre da diversa função que desempenham, embora ambos, ao fim e ao cabo, se coloquem a serviço da proteção do interesse do credor. O ressarcimento por perdas e danos pode ser pleiteado mesmo em presença de inexecução insuficiente a afastar o interesse do credor no recebimento da prestação, desde que cause prejuízos ao credor. Em sentido oposto, é possível que certo incumprimento parcial da obrigação afete gravemente o interesse do credor na prestação, que só restaria satisfeito com o perfeito adimplemento, a justificar a resolução, conquanto não se configure qualquer dano indenizável.

A resolução por inadimplemento de obrigação essencial é reação facultada ao credor diante de comportamento do devedor lesivo ao seu interesse em obter a fiel execução do programa negocial, independentemente da eventual consequência patrimonial danosa dele decorrente. Daí, então, a inevitável conclusão: a gravidade da lesão necessária à resolução é aquela que afeta o interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional, não já o seu patrimônio.³²⁵

O terceiro critério que deve ser rechaçado diz respeito à gravidade da lesão à obrigação, que poderia supor que apenas uma grave lesão à obrigação essencial inserida no suporte fático da cláusula conduziria à irremediável lesão ao interesse do credor. É possível que, no concreto contexto contratual, interesse ao credor unicamente receber a integralidade da prestação, de modo que até pequeníssima desconformidade entre o programa contratual e a prestação entregue seja suficiente a abalar de forma irremediável o interesse do credor, configurando o inadimplemento absoluto. É imperioso, repita-se, analisar a intensidade da lesão ao interesse do credor no âmbito da concreta economia contratual, e não a intensidade da lesão à obrigação essencial.

³²³ MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.144.

³²⁴ Sobre o tema, confira-se o item 3.1.1.3 *infra*.

³²⁵ A respeito da eventual possibilidade de o inadimplemento contratual gerar lesão à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, ensejar indenização por dano moral, confira-se, por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.163-165.

Requer-se, outrossim, que a inutilidade seja imputável ao devedor, nos termos já examinados em relação à impossibilidade. A inutilidade imputável, ao contrário do que se passa com a impossibilidade imputável, não resolve automaticamente a relação obrigacional, e tampouco faz nascer o direito potestativo de resolvê-la, permanecendo o credor vinculado à relação, conquanto lhe seja desprovida de qualquer utilidade.³²⁶

Significa, em síntese, que o exercício do direito conferido ao credor pela cláusula resolutiva expressa pressupõe a configuração do inadimplemento absoluto, que requer a concomitância dos suportes fáticos objetivo – impossibilidade ou inutilidade da prestação –, e subjetivo – ato imputável ao devedor. Ausente a imputabilidade, a solução é diversa conforme se trate de impossibilidade ou inutilidade da prestação: no primeiro caso, resolve-se automaticamente a relação obrigacional, haja ou não cláusula resolutiva expressa – a não ser que o devedor tenha assumido expressamente o risco da impossibilidade causada por caso fortuito e que esse risco conste da cláusula resolutiva, hipótese em que não se operará a resolução automática, requerendo-se do credor que opte entre a execução pelo equivalente ou a resolução extrajudicial; já no segundo caso – de inutilidade imputável da prestação –, a relação se mantém plenamente hígida, e o credor nada poderá fazer para se libertar do vínculo que não lhe oferece mais qualquer utilidade.

Contemporaneamente, reconhece-se a possibilidade de o credor pleitear a resolução extrajudicial qualquer que seja o momento em que se configure o inadimplemento absoluto. Mesmo em presença de inadimplemento anterior ao termo, confere-se ao credor a faculdade de resolver a relação obrigacional. Para tanto, basta a manifestação, pelo devedor, da vontade de não querer adimplir a obrigação inserida na cláusula resolutiva; a impossibilidade total de execução dessa obrigação, por comportamento comissivo ou omissivo do devedor; ou a adoção de comportamento, comissivo ou omissivo, que inviabilize o adimplemento da obrigação no termo essencial, a ensejar, desde logo, a perda de utilidade da prestação para o

³²⁶ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a seu turno, dispensa a presença do suporte fático subjetivo para a resolução por inutilidade, aplicando analogicamente o art. 235 do Código Civil, ao argumento de falta de interesse jurídico e social na conservação de contrato que apresenta "qualidades negativas", em prejuízo, sobretudo, do credor. Nesse caso, afirma o autor, "deve-se encontrar no ordenamento jurídico solução compatível, invocando normas criadas para situações análogas" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.586).

credor. Em todas essas hipóteses, viola-se de forma irremediável a obrigação constante da cláusula antes do termo ajustado, e, conseqüentemente, a própria prestação satisfativa. Nessa situação, como se advertiu no item anterior, o termo deixa de merecer tutela do ordenamento jurídico, e a prestação passa a ser imediatamente exigível, a autorizar o credor, valendo-se da faculdade conferida pela cláusula, a resolver a relação obrigacional.

Além de obrigação essencial, pode constar da cláusula resolutiva expressa o vício redibitório. Nesse caso, importa analisar, nos termos do artigo 441 do Código Civil, se o defeito diminui substancialmente o valor da coisa ou lhe impede de desempenhar a função a que se destina. No que tange ao último aspecto, mais uma vez, a preocupação do intérprete deve ser com a gravidade da lesão, causada pelo vício, ao interesse do credor em obter a utilidade legitimamente esperada da coisa, sem qualquer consideração a respeito da gravidade do vício em abstrato: mesmo um pequeno defeito pode ser suficiente para impedir por completo o emprego da coisa para o fim a que se destinava. Imperioso, como se percebe, é apurar a utilidade do bem para o adquirente.

Nessa direção, deve-se verificar se houve alguma estipulação contratual no tocante ao uso que o adquirente pretendia dar à coisa ou da especial função a ela atribuída, que podem ser diversos daqueles habitualmente ajustados. Segundo observa Serpa Lopes, "nos vícios redibitórios toma-se em consideração o ponto inerente às qualidades em suas relações com as suas funções, de acordo com as regras do contrato ou com os princípios gerais do comércio [...]".³²⁷ Se o defeito é tal que obsta que o credor usufrua das utilidades que a coisa lhe deveria proporcionar, consoante a concreta economia contratual, autorizada está a resolução extrajudicial, não por configurar-se inadimplemento absoluto, mas, sim, vício redibitório.

³²⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961. v.3. p.174. É o que também ensina Carvalho Santos: "Ensinam os mestres que a condição normal da coisa não deve ser determinada unicamente de uma maneira abstrata, ou seja, tendo em vista os usos que correntemente se fazem de tais coisas, devendo-se, ao invés, também levar em conta o uso previsto segundo o contrato. Daí a consequência: exige-se, pois, uma alteração desfavorável para o comprador, quanto à aptidão que normalmente se deve esperar para o uso corrente ou para o uso previsto no contrato. Se se vendeu a coisa *exclusivamente* para um fim determinado só se pode levar em conta a utilidade para êsse fim. Não quer isto dizer, todavia, que o fato de se mencionar um fim implique, sem mais indagações, que êsse fim foi considerado como exclusivo" (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.335, grifos no original). Confira-se, na mesma direção: ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos inominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta

Note-se que não se exige estipulação contratual expressa sobre a utilidade que se espera do bem; a pactuação tácita é suficiente para fins de qualificação do vício oculto como vício redibitório, como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo. Tratava-se o caso de compra e venda de quatro cavalos, um dos quais, o de maior preço, portador de vício oculto – hipoplasia gonadal unilateral –, que comprometia a sua fertilidade. Alegou o adquirente que a compra do animal se destinava à reprodução, que restou frustrada diante da descoberta. Embora do contrato não constasse a indicação da utilidade que se esperava do animal, entenderam os Desembargadores que era verossímil a alegação do adquirente de que o comprou para ser reprodutor, tendo em vista o preço pago por ele, consideravelmente superior ao dos demais equinos.³²⁸

A utilidade do bem deve ser, desse modo, concretamente considerada, analisando-se, além do uso normal, habitual, da coisa, sua configuração contratual, vale dizer, sua especial destinação no âmbito do específico negócio jurídico. Daí a importância das circunstâncias objetivas do negócio, assim entendidas aquelas relativas à entidade econômica de conteúdo da prestação, às circunstâncias próprias do tempo e lugar em que se celebra e se desdobra o negócio. Não se cuida, por óbvio, de perquirir o que supunha subjetiva e secretamente o adquirente, uma vez que disso não se ocupa o direito, mas de identificar a utilidade do bem a partir da concreta economia do contrato e de suas circunstâncias.³²⁹

2.2 Credor não inadimplente

De acordo com o artigo 475 do Código Civil, a *parte lesada pelo inadimplemento* pode pedir a resolução do contrato. À luz dessa disposição, afirma-se que a resolução encerra mecanismo de tutela dos interesses do contratante em

Judiciária, 1953. p.75, nota de rodapé n.º 25; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p.284-285.

³²⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 0059702-09.2002.8.26.0000. Relator: Des. Cerqueira Leite. Julgamento: 20/11/2002. Órgão Julgador: 2.ª Câmara de Direito Privado.

³²⁹ GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro: função e estrutura*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.78.

dia com suas obrigações, razão pela qual é defeso ao inadimplente, responsável pelo ilícito contratual, resolver a relação.³³⁰

Observe-se que o pressuposto em exame é "*credor não inadimplente*", e não "*credor adimplente*". Não se trata de mero jogo de palavras. A diferença é relevante. Credor adimplente é aquele que já cumpriu sua obrigação, entregando a prestação que lhe incumbia à contraparte. Não é isso que se exige. Para se valer da cláusula resolutiva, o credor pode ainda não ser adimplente, desde que não seja inadimplente.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior esclarece que credor não inadimplente é a parte que, como credora, não incorre em *mora creditoris*, e, como devedora, já executou sua prestação (já adimpliu, portanto), ou não o fez porque o termo ou a condição aposta em seu favor não se verificou – ou se verificou depois do inadimplemento da contraparte.³³¹ Neste último caso, embora haja, aparentemente, um inadimplemento recíproco, o dado cronológico indica que o não adimplemento da parte no termo ajustado decorre do inadimplemento da contraprestação devida em primeiro lugar. Milita, em seu favor, a exceção do contrato não cumprido, nos termos do artigo 476 do Código Civil.

A rigor, como devedora, a parte também se qualifica como não inadimplente, na hipótese de obrigações simultâneas, não só quando executa a sua prestação, mas também quando a oferece para o seu credor. Como, nessa situação, nenhum dos contratantes é obrigado a prestar em primeiro lugar, basta que um deles ofereça a prestação – efetivamente pronta para ser cumprida – e que o outro se recuse a adimplir, para se autorizar o primeiro a pleitear a resolução. É o que esclarece Araken de Assis, sintetizando o pressuposto: "não se mostra necessário prestar para resolver o contrato; a simples oferta supre o requisito".³³²

³³⁰ Confira-se: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0702.05.217799-6/001. Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza. Julgamento: 03/03/2011. Órgão Julgador: 16.^a Câmara Cível; e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 0168713-21.2012.8.26.0000. Relator: Des. Mauro Conti Machado. Julgamento: 10/12/2012. Órgão Julgador: 19.^a Câmara de Direito Privado.

³³¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.165.

³³² ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.137. Também é a posição de Carvalho Santos: "Pode pedir a resolução [...], a parte lesada com o inadimplemento, isto é, aquela que não recebeu a prestação que lhe era devida, embora tenha feito a contraprestação. Bem se está a ver, portanto, que se subentende poder pedir a resolução dos contratos bilaterais somente a parte que, tendo cumprido a sua obrigação, não recebeu, por sua vez, a contraprestação. Se também foi inadimplente, incorrendo em culpa,

Mais tormentosa é a situação em que inexiste diversidade de termo de adimplemento, e ambas as partes não cumprem – e tampouco oferece – a sua prestação dentro do prazo ajustado. Nesse caso, embora se considere não haver mora de qualquer das partes,³³³ não se afasta a possibilidade de resolução da relação obrigacional: a alternativa será conferida à parte a quem a prestação se tornou inútil em razão do atraso da contraparte no cumprimento.³³⁴ Logo, havendo cláusula resolutiva expressa que contemple, em seu suporte fático, a execução da prestação no termo fixado, a indicar tratar-se de termo essencial, o contratante a quem beneficia poderá pleitear a resolução extrajudicial, sem prejuízo das perdas e danos em que incorrer.

Para tanto, contudo, deverá o credor se mostrar apto a purgar a sua mora no momento em que invocar a resolução, embora não lhe seja exigido que o faça efetivamente. Como a resolução produz efeitos restitutório e liberatório,³³⁵ exigir do credor que purgue a sua mora para poder resolver a relação obrigacional introduziria mais um complicador nessa operação, já que, ao fim e ao cabo, tudo lhe seria restituído. A necessidade de comprovação, pelo credor, da sua capacidade de adimplir visa atestar que a execução da prestação não se lhe tornou impossível por ato a ele imputável, a afastar a configuração de inadimplemento absoluto.

A observação é importante porque a concomitância de inadimplementos absolutos, quando as partes deveriam adimplir simultaneamente, conduz à solução diversa. Configurado o inadimplemento da obrigação essencial atribuída a cada um dos contratantes, qualquer deles poderá tomar a iniciativa para resolver o contrato

será igualmente responsável por perdas e danos, servindo a sua inexecução de desculpas à do outro contraente, que poderá opor-lhe a exceção *inadimpleti contractus* [...]. Essencial, por conseguinte, é que antes de propor a ação de rescisão, o autor tenha, pelo menos, oferecido ao outro contratante, a sua prestação, consignando-a, quando fôr o caso" (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.252).

³³³ Há, nesse caso, uma espécie de "compensação de moras", como esclarece Agostinho Alvim: "quando o credor e o devedor vêm a faltar, ao mesmo tempo, dá-se o que na técnica tem a denominação de moras simultâneas, mas não para considerar ambos em mora, e sim para se considerarem eliminadas ambas as moras" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1965. p.98).

³³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.167.

³³⁵ Para exame dos efeitos da resolução, confirmam-se o item 3.1.1 e os seus subitens.

extrajudicialmente.³³⁶ Ora, nesse caso, insistir na exigência do pressuposto em apreço – credor não inadimplente – para permitir a resolução mostra-se descabido, já que obstaria completamente a desvinculação das partes de relação obrigacional disfuncionalizada. A proteção do vínculo jurídico, nessas circunstâncias, conduziria à prevalência da estrutura sobre a função, a revelar um apego ao formalismo que há muito se abandonou.

Observe-se, todavia, que o inadimplemento dos dois contratantes, para franquear a ambos a faculdade de pleitear a resolução extrajudicial, deve ser absoluto, resultado da impossibilidade de executar a prestação ou de sua inutilidade para o credor. Afasta-se, assim, dessa solução situações em que se constata inexecuções qualitativamente diversas, quando uma parte, por exemplo, incorre efetivamente em inadimplemento absoluto, e a outra, em inexecução irrelevante para a satisfação do interesse do credor, a configurar o adimplemento substancial.

Nessa senda, se o contratante A não cumpre a obrigação essencial X indicada na cláusula resolutiva, e o contratante B – credor da obrigação X – torna impossível a execução da obrigação acessória Y, o que, na economia contratual, não impacta negativamente na consecução do resultado útil programado e, conseqüentemente, na satisfação do interesse de A, facultar-se-á apenas a B resolver a relação obrigacional de pleno direito, pois sua inexecução não é suficiente para retirar-lhe a qualificação de "não inadimplente". Daí se conclui que o direito à resolução não pode ser excluído quando a falta do seu titular no cumprimento for de pequena importância, tendo em conta o interesse da outra parte.

A exigência do pressuposto em exame lastreia-se na difundida concepção segundo a qual a resolução promovida pela cláusula resolutiva expressa só tem lugar em contratos sinalagmáticos e diante do inadimplemento de obrigação essencial. No entanto, como já se observou, essa orientação não se sustenta; não há óbice – e, por vezes, há inclusive recomendação – à inclusão da cláusula em contratos unilaterais, assim como outros riscos, além do inadimplemento, podem servir ao seu suporte fático, a exemplo do vício redibitório, ou da inutilidade da prestação decorrente

³³⁶ Embora, nesse caso, o distrato seja um caminho possível para os contratantes, já que estão concordes com a extinção do negócio, pode ser que, como lembra Ruy Rosado de Aguiar Júnior, haja certa dificuldade em fixar as cláusulas do distrato, daí a conveniência de executar a cláusula resolutiva expressa (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.169).

de caso fortuito. Em tais hipóteses, é preciso dispensar a exigência de que o credor não seja inadimplente para pleitear a resolução.

O comodato, como se viu, classifica-se como contrato unilateral, gerando obrigações exclusivamente para o comodatário. Trata-se de contrato real, uma vez que sem a entrega da coisa não há comodato, mas sim contrato preliminar ou promessa de emprestar.³³⁷ Por conseguinte, o principal ato do comodante não se qualifica como obrigação contratual, mas elemento do contrato, não lhe sendo atribuída, de regra, qualquer obrigação, mas somente ao comodatário, que tem o dever de zelar pelo bem emprestado e restituí-lo no momento oportuno. Nesse cenário, se ao comodante não se impõem obrigações, não se coloca o critério da sua não inadimplência.

Porém, se, eventualmente e por efeito de acontecimento ulterior, nasce obrigação para o comodante, como reembolsar o comodatário pelas despesas extraordinárias e urgentes realizadas no bem (CC, art. 584), ou indenizá-lo pelos danos sofridos em razão de vícios ocultos da coisa de que tinha conhecimento e dolosamente escondeu, o pressuposto volta à baila, e será necessário proceder às análises antes referidas, por meio dos critérios cronológico e da gravidade da lesão ao interesse do comodatário.

Ademais, no âmbito de cláusula resolutiva expressa de cujo suporte fático constem situações qualificadas como vício redibitório, ou eventos inevitáveis e necessários que impossibilitam parcial ou temporariamente a obrigação, conduzindo à inutilidade da prestação, o pressuposto em exame não se justifica. Nesses casos, as partes mantêm a alocação legal dos riscos, e o gerem para alterar os efeitos deles decorrentes, a permitir a resolução extrajudicial. Se, pela teoria legal do risco, não se exige que o credor seja não inadimplente para ajuizar a ação redibitória ou para pleitear a resolução judicial em razão da inutilidade da prestação advinda de caso fortuito,

³³⁷ Nesse sentido, dentre outros: BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11.ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958. v.4. p.352; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2. p.291. Diversamente, Caio Mário da Silva Pereira, não obstante se incline pela abolição dos contratos reais e prefira avaliar a entrega do bem como o primeiro ato de execução do contrato de comodato – o que o caracterizaria como um contrato consensual –, ressalva, contudo, que "dentro do nosso direito positivo perdura o tipo, pela alusão expressa da lei à tradição como elemento de sua celebração, e, portanto, de *iure condito*, é contrato real" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.3. p.322).

deve-se, da mesma forma, dispensar tal pressuposto quando esses riscos são geridos pela cláusula resolutiva expressa.

O direito português exige, ainda, para que nasça o direito à resolução, que o credor esteja em condições de restituir o que haja recebido do outro contratante. É o que determina o artigo 432.º, n.º 2, do Código Civil Português, segundo o qual "a parte, porém, que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato". De acordo com Brandão Proença, a exigência pretende "tutelar uma certa igualdade jurídico-económica no seio da relação de liquidação", estabelecendo, dessa forma, um limite legal ao exercício do direito de resolução.³³⁸

A discussão também é travada no direito italiano, em que prevalece o entendimento de que a restituição é efeito da resolução, e não seu pressuposto. Por isso, eventual perecimento ou deterioração da coisa não afasta a resolução, mas interfere na forma da restituição, que se faz pela devolução do montante pecuniário correspondente ao valor do bem.³³⁹

No Brasil, em que não há norma semelhante àquela portuguesa, deve-se caminhar na mesma direção do direito italiano. A análise referente à possibilidade,

³³⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.197.

³³⁹ "Ora, si è appena sostenuto che al di fuori della disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta l'impossibilità della restituzione non preclude la risoluzione; questo non esclude, tuttavia, che l'art. 1492, c. 3 esprima un principio destinato a regolare il regime della restituzione. Quando la prestazione perisce per caso fortuito o per causa imputabile all'accipiens, egli può certamente ottenere la restituzione del corrispettivo, ma deve al solvens l'equivalente pecuniario della prestazione in relazione al momento in cui è stata eseguita" (ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.396). Em tradução livre: "Pois bem, acabamos de afirmar que fora da disciplina da garantia por vícios da coisa vendida, a impossibilidade de restituição não preclui a resolução; o que não significa, contudo, que o art. 1492, p.3 não expresse um princípio voltado a regulamentar o regime da restituição. Quando a prestação não se realiza por caso fortuito ou por causa imputável ao accipiens, ele certamente pode obter a restituição do correspondente, mas deve para o solvens o equivalente em dinheiro da prestação em relação ao momento em que foi executada". Embora Marco Rossetti se filie ao entendimento majoritário (ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.264-265), colaciona os argumentos da corrente minoritária: "a) esiste nel nostro ordinamento un generale principio, in virtù del quale il contraente fedele non può addossare all'inadempiente rischi di danni non connessi all'inadempimento; b) questo principio si desume dalla previsione dell'art. 1492, comma 3, c.c., il quale nega al compratore la possibilità di domandare la risoluzione del contratto per vizi della cosa, se questa sia perita per caso fortuito o per colpa del compratore stesso; c) tale principio ha natura generale e si applica anche al di fuori della materia del contratto di vendita" (Ibid., p.263). Em tradução livre: "a) em nosso ordenamento existe um princípio geral pelo qual o contratante fiel não pode transferir ao inadimplente riscos de danos não relacionados ao inadimplemento; b) este princípio se deduz da previsão do art. 1492. par. 3, C.C., que nega ao comprador a possibilidade de requerer a resolução do contrato por vícios da coisa, caso esta tenha se perdido por caso fortuito ou por culpa do mesmo comprador; c) tal princípio tem natureza geral e se aplica também fora da matéria do contrato de venda".

ou não, de restituição pelo credor daquilo que já houver recebido se coloca no plano dos efeitos da resolução, e não dos pressupostos para a atribuição do direito de resolver, e é naquele campo em que repercutirá.³⁴⁰ Por essa razão, tratar-se-á do tema no terceiro capítulo desta tese, reservado, justamente, aos efeitos da resolução.³⁴¹

2.3 Exercício do direito potestativo de optar entre a resolução e a execução pelo equivalente

Determina o artigo 475 do Código Civil que "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". A partir do dispositivo, afirma-se em doutrina que, ocorrido o inadimplemento absoluto, pode o credor optar entre resolver a relação contratual extrajudicialmente, presente a cláusula resolutiva expressa, ou pleitear a execução específica.³⁴² No entanto, esse raciocínio pode conduzir a uma incoerência do sistema.

Diante da inexecução imputável da prestação devida (ou inimputável, quando há assunção de risco), pode o credor perseguir a satisfação do crédito por meio de medidas coercivas aplicadas pelo Estado, a seu requerimento, no exercício da função jurisdicional. "A *faculdade* de executar", lembra Orlando Gomes, "está compreendida no direito a exigir o cumprimento da obrigação, ínsito ao *crédito*. [...] Se ao credor não fossem assegurados *meios coercitivos* para exigir o cumprimento da obrigação, o *direito de crédito* teria escasso valor".³⁴³ Dois são os mecanismos de

³⁴⁰ Em sentido contrário, Pontes de Miranda sustenta que "se o figurante que seria titular do direito de resolução, ou do direito de resilição, foi causador da impossibilidade de restituição, ou da deterioração do objeto recebido, está excluído o direito de resolução ou de resilição. Seria *venire contra factum proprium*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p.345).

³⁴¹ Confira-se o item 3.1.1.2, *infra*.

³⁴² BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.325.

³⁴³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.208, grifos no original.

satisfação coativa do crédito: execução específica e execução pelo equivalente, também designada execução genérica.³⁴⁴

Pela execução específica, forma de satisfação do crédito por excelência, busca-se obter exatamente a prestação devida. No entanto, nem sempre o credor poderá optar por essa via, e a execução genérica será a saída.

A execução pelo equivalente é expressamente conferida ao credor nas situações de perda da coisa por culpa do devedor nas obrigações de dar, nos termos do artigo 234 do Código Civil, segundo o qual "[...] se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos", bem como diante da perda da coisa nas obrigações de restituir, conforme estabelece o artigo 239: "se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos". A perda da coisa, como se viu, é apenas uma das situações que conduz à impossibilidade da prestação. Por coerência sistemática, franqueia-se a mesma possibilidade ao credor diante de todas as demais hipóteses em que a obrigação se torna impossível para o devedor ou deixa de ser útil para o credor. Em outros termos, embora o legislador só tenha se referido à execução pelo equivalente naquelas situações, ela tem lugar quando impossível, física ou juridicamente, a execução específica, ou quando a prestação se tornar inútil para o credor, como explica Orlando Gomes:

Do mesmo modo, não tem o credor o direito a exigir outra prestação que não a devida. A inadimplência não o investe no direito à sua substituição. Nestas condições, o devedor não pode oferecer o equivalente, nem o credor pode exigí-lo. A *execução sob forma genérica* só se justifica quando impossível a *execução direta*, por tornar-se a prestação inútil para o credor [...].³⁴⁵

Ora, o legislador não se referiu, nos artigos 234 e 239, à possibilidade de o credor optar entre a execução pelo equivalente e a resolução do contrato, porque nem sempre a obrigação decorre de uma relação contratual. Quando não há contrato,

³⁴⁴ A indicar a execução específica e a execução pelo equivalente como espécies de ação de cumprimento, confira-se MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p.664. Na mesma direção, afirma Díez-Picazo, em referência ao Código Civil espanhol: "*Nada impide que la pretensión de cumplimiento se ejercite en forma específica o que determine el llamado 'cumplimiento por equivalencia', traducido en una indemnización de los daños causados por el incumplimiento*" (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. Madrid: Civitas, 1996. v.2. p.698).

³⁴⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.208. p.210-211, grifos no original.

não há o que resolver. Apenas diante do inadimplemento absoluto de obrigação contratual é que se abrirá ao credor a opção entre executar pelo equivalente ou resolver a relação obrigacional. Como observa Francisco Marino ao tratar da execução pelo equivalente franqueada pelo artigo 234, quando a obrigação de dar se insere em relação contratual, permite-se ao credor, nos termos específicos do artigo 475, "pleitear a resolução do contrato, cumulada com perdas e danos, ou pleitear a *manutenção* do contrato, cabendo-lhe, neste caso, o direito ao equivalente pecuniário da coisa perdida, acrescido de indenização pelo inadimplemento (perdas e danos)".³⁴⁶

Esclarecedora também se mostra a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que distingue todas as possibilidades conferidas ao credor frente ao incumprimento do devedor:

Ocorrendo o incumprimento, abrem-se ao credor diversas alternativas legais, conforme a natureza do incumprimento. Diante de uma impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, não imputável ao devedor, a obrigação se extingue *ipso jure*, liberando ambas as partes. *Na impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, por culpa do devedor, cabe ao credor ou manter o contrato, requerendo o equivalente e mais indenização por perdas e danos, ou resolvê-lo, mediante o exercício do seu direito formativo* (art. 1.092, parágrafo único do Código Civil), igualmente com direito à indenização. *No caso de ser possível a prestação, mas já sem interesse do credor, por inutilidade decorrente da demora ou do cumprimento imperfeito, sem culpa do devedor, a obrigação pode ser resolvida mediante exercício do direito formativo. Se houver demora, com culpa do devedor (mora) ou cumprimento imperfeito culposos, pode o credor escolher entre manter o contrato, requerendo não a prestação em espécie, que não mais lhe interessa, mas o seu equivalente, ou resolver a relação.* Sendo possível a prestação e ainda de interesse do credor recebê-la, estamos diante de simples caso de demora (sem culpa) ou de mora, ou de cumprimento imperfeito, quando tem o credor a seu dispor a ação de adimplemento, que surge desde o vencimento e que persiste até o cumprimento da prestação, podendo receber a coisa com retardo ou aceitar o cumprimento imperfeito que o devedor lhe oferece, sempre com direito a perdas e danos.³⁴⁷

³⁴⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.414, grifo no original.

³⁴⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.95, grifou-se. Em obra mais recente, o mesmo autor ratifica o entendimento já esposado: "Se a prestação se tornou impossível por culpa do devedor, o credor pode optar entre pedir a resolução do contrato ou o adimplemento, pelo equivalente (art. 389 do Código Civil). [...] Se o incumprimento definitivo, por perda do interesse na prestação, resultar de culpa do devedor, o credor não exigirá a execução em espécie, que já não lhe traz nenhuma utilidade, mas poderá optar entre manter o contrato e obter o equivalente (art. 236 do Código Civil) ou requerer a resolução (art. 475 do Código Civil), sempre com perdas e danos (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.388-389).

Por todo o exposto, conclui-se que, caso se esteja, verdadeiramente, diante de inadimplemento absoluto, decorrente de impossibilidade ou de inutilidade da prestação, não há como se admitir a execução específica: como executar o que se impossibilitou, ou para que exigir o que se tornou inútil? Se o credor, constatada a inexecução do devedor, pleiteia a execução específica, há mora, e não inadimplemento absoluto. À mesma conclusão chega Araken de Assis que, ao analisar as opções conferidas ao credor pelo artigo 475, pondera que "embora seja uma vantagem, e nítida, a liberdade de opção, em geral existente, somente aproveita ao parceiro inocente no caso de inadimplemento *relativo*. O inadimplemento absoluto, que denota falta *irrecuperável*, torna a demanda de cumprimento de plano inviável".³⁴⁸ Em obra mais recente, o autor, ao discorrer acerca dos limites à liberdade de escolha do credor, expõe com mais clareza sua orientação, e afirma, categoricamente:

[...] há limites práticos que condicionam a escolha. Por exemplo, o inadimplemento absoluto torna irre recuperável a prestação, e, portanto, inútil ao credor trilhar o caminho da demanda de cumprimento, exceto para pedir uma prestação pecuniária equivalente.³⁴⁹

Em síntese, quando o artigo 475 determina que o credor, configurado o inadimplemento, pode optar entre resolver o contrato ou exigir-lhe o cumprimento, deve-se entender que a opção há de ser feita entre a resolução e a demanda de cumprimento pelo equivalente, e não pela execução específica, restrita às hipóteses de mora.³⁵⁰ Logo, em presença de cláusula resolutiva expressa, o inadimplemento absoluto facultará ao credor resolver o contrato extrajudicialmente, ou demandar o cumprimento da prestação pelo equivalente.³⁵¹

³⁴⁸ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.32.

³⁴⁹ ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.611.

³⁵⁰ À mesma conclusão chega Giuseppe Andreoli, no âmbito do direito italiano, segundo o qual "*nell'ipotesi di inadempimento assoluto, la soddisfazione avviene per equivalenza e perciò il creditore ha da restare arbitro di stabilire se questa equivalenza sia attuata meglio attraverso la dazione di una somma di denaro o attraverso la risoluzione*" (ANDREOLI, Giuseppe. *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale*. In: D'OVIDIO, Antonio Lefebvre; MESSINEO, Francesco. *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*. Bologna: Zanichelli, 1953. v.3, p.3, nota de rodapé n.º 4). Em tradução livre: "na hipótese de inadimplemento absoluto, a satisfação ocorre por equivalência, portanto, o credor permanece soberano para decidir se essa equivalência realiza-se melhor mediante a doação de uma quantia em dinheiro ou mediante a resolução".

³⁵¹ Tratar-se-á, no item 3.1, dos distintos efeitos produzidos pela resolução e pela execução pelo equivalente.

Por outro lado, isso não significa que, em presença de cláusula resolutiva expressa, a execução específica esteja afastada. A confusão que parece haver se refere ao suporte fático sobre o qual cada um dos mecanismos de tutela pode ser pleiteado. Verificada a inexecução da obrigação constante da cláusula, faculta-se ao credor: (a) exigir o cumprimento específico da obrigação, se ainda tiver interesse em recebê-la, ou (b) optar entre executá-la pelo equivalente ou resolver extrajudicialmente, nos termos da cláusula resolutiva, se utilidade já não houver ou se sua execução se tornou impossível.³⁵²

Com efeito, a escolha de uma ou outra possibilidade depende, em primeiro lugar, de a obrigação referida na cláusula revelar-se essencial no momento do exercício da opção: se nunca foi essencial ou se deixou de ser por circunstâncias supervenientes, sua inexecução não conduzirá ao inadimplemento absoluto, mas à mora, que enseja, unicamente, execução específica. Tratando-se, contudo, de obrigação essencial, algumas são as possibilidades: a) se a obrigação essencial se tornou impossível, configura-se o inadimplemento absoluto da prestação devida; b) se a inexecução é total mas ainda possível para o devedor, (b.1) havendo termo indicado na cláusula resolutiva expressa, há inadimplemento absoluto, (b.2) não havendo, pode ser que a prestação ainda possa ser executada utilmente depois da data ajustada, pelo que há mora; c) se a inexecução é parcial ou temporária, não sendo a lesão ao interesse do credor de tal monta a ponto de impedir a atuação do programa econômico traçado pelas partes, configura-se mora, e restringe-se a tutela do credor à execução específica.

Retome-se o exemplo já referido sobre o contrato de permuta, no qual se ajusta que, em troca do terreno, o permutante receberá determinadas unidades autônomas do edifício a ser construído, e do qual consta cláusula segundo a qual a não obtenção de financiamento pelo incorporador até certo prazo – obrigação por ele expressamente assumida – poderá ensejar a resolução da relação obrigacional pelo permutante.³⁵³

³⁵² A rigor, ao credor são oferecidas várias outras possibilidades, que não serão enfrentadas nesta sede por fugir ao escopo desta tese. Destaca-se, de todo modo, que o credor poderá se valer, ainda, de acordo com o seu interesse, de eventual direito de retenção, da exceção do contrato não cumprido, da execução de cláusula penal compensatória, da retenção das eventuais arras penitenciais etc.

³⁵³ O exemplo foi formulado no Capítulo I, nos seguintes termos: "Imagine-se um contrato de permuta em que A transfere seu terreno à incorporadora B, em troca de quatro unidades autônomas não identificadas do edifício a ser construído. Como o incorporador ainda não obteve o financiamento necessário à construção do empreendimento, o permutante faz constar do contrato cláusula

Semelhante cláusula se justifica em razão da incerteza que a não obtenção do financiamento gera em relação à real viabilidade do empreendimento. No entanto, é possível que o permutante, a despeito da não obtenção do financiamento no termo ajustado, mantenha o interesse no negócio, e aceite esperar algum tempo a mais pela captação dos recursos. Nesse cenário, configura-se simples mora do incorporador, pelo que se afasta, inicialmente, a execução da cláusula resolutiva expressa.

Confirmando-se a avaliação prévia feita pelas partes quando da celebração do contrato a respeito da essencialidade da obtenção do financiamento na data acertada, sua inobservância conduzirá à perda do interesse do permutante no sinalagma, a configurar o inadimplemento absoluto do incorporador. Abrem-se, então, duas possibilidades ao credor: executar o contrato pelo equivalente ou resolvê-lo extrajudicialmente. A diferença de efeitos entre essas soluções é evidente: se o credor opta pelo cumprimento do contrato pelo equivalente, mantém íntegro o vínculo jurídico que o liga ao devedor, e continua obrigado a prestar o que lhe foi contratualmente atribuído, caso não o tenha feito; se, todavia, prefere a resolução, livra-se da relação obrigacional, e libera-se da obrigação de cumprir sua obrigação. O direito de opção é, a toda evidência, amplamente favorável ao credor, pois lhe permite eleger o instrumento de tutela mais favorável aos seus interesses.³⁵⁴

Daí se constata a improcedência da concepção segundo a qual a resolução encerraria "remédio vincadamente subsidiário".³⁵⁵ Na realidade, a questão não se

segundo a qual a não obtenção do financiamento, até certa data, com a instituição financeira X, resolverá o contrato. Trata-se de condição resolutiva, uma vez que a não obtenção do financiamento até a data ajustada é evento externo ao negócio, cuja verificação, não fosse a cláusula condicional, não seria apta a afetar a eficácia do contrato. Por outro lado, se houvesse no contrato cláusula pela qual o incorporador assumisse a responsabilidade de obter o financiamento, até certa data, com a instituição financeira X, transmutar-se-ia um evento futuro, incerto e externo ao negócio, em uma obrigação do incorporador. Essa previsão internaliza no contrato o evento, bem como o risco de não obtenção do financiamento, que passa a ser expressamente assumido pelo incorporador. Pode ser que, no concreto programa contratual, a não obtenção do financiamento no prazo ajustado comprometa seriamente a viabilidade financeira do empreendimento, rompendo o sinalagma inicialmente ajustado. Nesse cenário, a atribuição ao incorporador da obrigação referida, altera a qualificação da previsão resolutiva, e a transforma em cláusula resolutiva expressa."

³⁵⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.78.

³⁵⁵ FARIA, Nuno Serrão. Crítica ao paradigma da mora do devedor, por referência à perda de interesse do credor. Perspectiva de análise económica. *JusNet*, n.136, p.7, 2012. Disponível em: <http://www.plmj.com/xms/files/Artigos_Opiniao/2012/Critica_ao_paradigma_da_mora_do_devedor_p_or_referencia_a_perda_de_interesse_do_credor_Perspectiva____.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2015.

coloca em termos de subsidiariedade, e sim de suportes fáticos próprios para a aplicação de cada um dos remédios incidentes por ocasião da inexecução.

A cláusula resolutiva expressa confere ao credor um direito formativo extintivo, também designado direito potestativo extintivo, e permite ao seu titular interferir na esfera jurídica alheia em seu próprio benefício, sem que este em cuja esfera se intervém possa se opor. Em verdade, verificado o suporte fático contratualmente previsto, o credor pode optar entre exigir o cumprimento do contrato pelo equivalente ou resolvê-lo; conforme observa Araken de Assis, "a opção se mostra livre, desprovida de prioridades e hierarquias, subordinando-se, exclusivamente, aos interesses do credor, que deliberará acerca da conveniência de manter ou não o contrato".³⁵⁶ Por conseguinte, eleita a via que melhor promove seus interesses, resta ao devedor acatá-la e sujeitar-se a seus efeitos.

Diante do inadimplemento absoluto, a resolução encerra faculdade do credor, e sua efetivação requer a comunicação ao devedor da opção selecionada. A rigor, o direito de resolver o negócio já existe com a simples verificação do suporte fático previsto na cláusula resolutiva expressa; no entanto, a extinção da relação obrigacional se efetiva com a declaração do credor, dirigida ao devedor, no sentido de resolver o contrato.

Questão controvertida reside em definir se pode ser dispensada a declaração do credor, hipótese em que a presença dos dois pressupostos anteriormente analisados – inexecução da obrigação essencial ou superveniência do risco, e credor não inadimplente – resolveria automaticamente a relação obrigacional, a afastar a possibilidade de execução da prestação pelo equivalente.³⁵⁷

³⁵⁶ ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.609-610. Na mesma linha, Brandão Proença destaca que ao credor se atribui a "possibilidade discricionária de eleição da via que melhor defenda os seus objectivos" (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.113).

³⁵⁷ Confira-se, a esse propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que admitiu a possibilidade de a escolha ser feita pelo credor antecipadamente, quando da celebração do contrato (embora o acórdão tenha exigido a manifestação judicial para a efetivação da resolução, por se tratar de compromisso de compra e venda, vale a referência para a questão de que se trata): "[...] No presente caso, entretanto, como bem asseverou a MM. Juíza de direito de primeiro grau, tal opção já fora feita na celebração do contrato vez que há cláusula expressa, prevendo a resolução da pactuação, em consonância com os dispositivos legais atinentes à espécie, para a hipótese de inadimplemento das prestações. [...] Ademais, o fato de a referida rescisão não se operar de pleno direito, demandando, conforme jurisprudência invocada, prévia manifestação judicial, não autoriza que a parte, ignorando os termos da cláusula acima citada, opte por não pedir a rescisão contratual e respectiva reintegração do bem, optando apenas pela simples cobrança das parcelas vencidas e vincendas" (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. AC 691.174-8. Juiz de Direito Substituto em

No direito italiano, Vincenzo Roppo afirma que a questão se cinge a saber se o não automatismo da resolução e se a não retroatividade (absoluta) do efeito resolutório são princípios de ordem pública; em caso afirmativo, a condição de inadimplemento será inadmissível.³⁵⁸ No Brasil, Darcy Bessone admite a dispensa da declaração,³⁵⁹ enquanto Ruy Rosado de Aguiar Júnior se posiciona em sentido contrário, rechaçando a "cláusula contratual que estipule a extinção automática do contrato, no caso de inadimplemento, dispensando o credor de qualquer manifestação".³⁶⁰ De acordo com o autor, a manifestação do credor é indispensável, sob pena de se deixar "por conta do devedor a decisão de extinção do negócio, bastando o seu inadimplemento".³⁶¹

Parece, todavia, não haver incompatibilidade entre a cláusula resolutiva expressa e a eventual automaticidade de seus efeitos. Observe-se que, na realidade, não falta a declaração a partir da qual se produzem os efeitos resolutórios; a manifestação já foi feita quando da celebração do contrato, há tão somente alteração do momento em que a declaração é proferida.

Ademais, a automaticidade da resolução não desqualifica a cláusula resolutiva expressa, que passaria a ser considerada condição de inadimplemento, por duas razões principais. Primeiro, porque não se admite, no direito brasileiro, semelhante condição, por faltar-lhe a externalidade característica desse instituto e por haver dúvidas se semelhante condição qualificar-se-ia como puramente potestativa.³⁶² E

2.º Grau Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira. Julgamento: 12/04/2011. Órgão Julgador: 7.ª Câmara Cível).

³⁵⁸ Afirma o autor: "*se il non automatismo e la non retroattività (reale) dell'effetto risolutorio dipendente dall'inadempimento dovessero considerarsi principi di ordine pubblico, ne conseguirebbe l'inammissibilità della condizione d'inadempimento. Invece ammissibile, se quei principi si qualificassero derogabili*" (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011. p.583). Em tradução livre: "se o não automatismo e a não retroatividade (real) do efeito resolutório dependentes do inadimplemento fossem considerados princípios de ordem pública, a condição de inadimplemento seria inadmissível. Seria admissível, ao contrário, se aqueles princípios fossem qualificados como derogáveis". Na mesma direção, confira-se PUTTI, Pietro M. *La risoluzione*. Diritto civile. In: LIPARI, Nicolò. RESCIGNO, Pietro (Dir.). ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.1170.

³⁵⁹ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.325.

³⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.406.

³⁶¹ *Ibid.*, p.406, nota de rodapé n.º 457.

³⁶² Para a plena admissibilidade da condição resolutiva de inadimplemento no direito italiano, confira-se RIVA, Ilaria. A propósito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v.67, n.1, p.206 et seq., mar. 2013. Para a distinção entre a condição resolutiva de inadimplemento e a cláusula resolutiva expressa, sobretudo, em razão da não automaticidade dos efeitos desta última, veja-se: MARCELLO, Daniela. L'uso della condizione

segundo, porque permanecem diferenças estruturais e funcionais importantes entre os institutos.³⁶³

Do ponto de vista estrutural, enquanto a cláusula resolutiva expressa contempla eventos já alocados pela lei entre as partes e cujos efeitos se busca alterar (eventos esses inerentes ao contrato, como o próprio inadimplemento), ou então eventos internalizados ao negócio pelos contratantes, a condição resolutiva se refere a evento futuro e incerto não relacionado, de forma alguma, com qualquer obrigação imposta contratualmente às partes ou com os riscos partilhados pelos contratantes de forma expressa no negócio. Sob o aspecto funcional, a cláusula resolutiva impõe, como será desenvolvido adiante, a restituição de tudo o que se recebeu por força do contrato, inclusive dos frutos produzidos pelo objeto da prestação, independentemente da boa ou má-fé das partes. A condição resolutiva, ao contrário, permite que os contratantes conservem os frutos, e só restitua o bem objeto do contrato.

A declaração do credor dirigida à resolução, manifestada após a configuração do inadimplemento ou da concretização do risco, é, pois, da natureza da cláusula resolutiva expressa, pelo que pode ser feita antecipadamente, no momento da celebração do contrato, sem que se altere a qualificação do instituto.

Não há, na lei, previsão de prazo dentro do qual o credor deva exercer seu direito potestativo e manifestar sua vontade em direção à resolução da relação obrigacional por inadimplemento.³⁶⁴ Por se cuidar de direito potestativo convencional, as próprias partes devem ajustar o prazo decadencial para seu exercício. Inexistindo a estipulação contratual, como o surgimento do direito de resolver a relação obrigacional na esfera jurídica do credor faz nascer, concomitantemente, um estado de sujeição na esfera jurídica do devedor, admite-se

in prospettiva rimediabile. In: ALCARO, Francesco (Org.). *La condizione nel contratto: tra 'atto' e 'attività'*. Padova: CEDAM, 2008. p.401-410; e NOCERA, Ivan Libero. Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, v.26, n.3, p.246 et seq., mar. 2010.

³⁶³ Remete-se o leitor para o item 1.4, *supra*.

³⁶⁴ Tratando-se de resolução por vícios redibitórios, o prazo decadencial para resolver a relação obrigacional é de 30 dias, se a coisa for móvel, e de 1 ano, se imóvel, contado da entrega efetiva; se o adquirente já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade, conforme determina o art. 445 do Código Civil. Por outro lado, determina o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo: "Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis".

a possibilidade de o devedor fixar ao titular prazo razoável para o exercício da resolução, a fim de acabar com as incertezas sobre o futuro da relação contratual.³⁶⁵

De todo modo, mesmo diante da omissão legislativa e contratual do prazo dentro do qual o credor deve declarar sua opção, não se pode perder de vista que o direito de crédito está sujeito à prescrição, a partir da qual o credor não mais poderá exigir o equivalente da prestação e tampouco pleitear a restituição do que eventualmente já houver pago, se optar pela resolução do contrato. Não se trata, evidentemente, de sustentar a prescrição do direito potestativo. Trata-se de reconhecer que, embora o credor continue a ter o direito de resolver o contrato a despeito da prescrição da pretensão do direito de crédito, os direitos subjetivos provenientes da resolução encontram-se desprovidos de exigibilidade, já que alcançados pela prescrição.

Pontes de Miranda, a seu turno, embora reconheça não haver propriamente prescrição do direito de escolha do credor, entende sequer ser possível o exercício da opção em favor da resolução, em razão da inexigibilidade do crédito: "se o credor não mais podia cobrar, não mais pode pedir a resolução ou a resilição por inadimplemento, porque o réu não mais tem *obrigação* de prestar, embora *deva*. Não há prescrição; há encobrimento do elemento, *inadimplemento*, necessário ao suporte fático da resolução ou resilição".³⁶⁶

Na mesma direção, sustenta Ruy Rosado de Aguiar Júnior que "a decadência ocorre quando prescrever a pretensão creditícia do credor".³⁶⁷ De acordo com o autor, por se tratar a resolução de direito potestativo conexo ao direito de crédito, a prescrição da pretensão creditícia retira a base da resolução, cujo pressuposto reside justamente na vigência da relação a que está afeta.³⁶⁸

³⁶⁵ A solução é expressamente admitida no direito português, cujo art. 436.º, n.º 2, do Código Civil determina: "Não havendo prazo convencionado para a resolução do contrato, pode a outra parte fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade".

³⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p.365, grifos no original.

³⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.408.

³⁶⁸ *Ibid.*, p.639. Na mesma direção, posiciona-se a jurisprudência: "Compra e venda. Resolução. Falta do pagamento do preço. Prescrição. [...] Não havendo na lei regra limitando o tempo para a decadência do direito de promover a resolução do negócio, a ação pode ser proposta enquanto não prescrita a pretensão de crédito que decorre do contrato. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 208.492/DF*. Reator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 02/08/2001. Órgão Julgador: 4.ª Turma). Confira-se, mais recentemente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 770.746/RJ*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 05/07/2006. Órgão Julgador: 3.ª Turma.

Não há, verdade seja dita, do ponto de vista dos efeitos patrimoniais, distinção entre ambas as soluções apresentadas: seja reconhecendo a manutenção do direito à resolução, desprovido, todavia, dos consectários econômicos que, de regra, o acompanham, seja proibindo o exercício da própria resolução, ficará o credor impedido de pleitear a restituição do que já houver prestado. No entanto, a primeira solução oferece larga vantagem sobre a segunda sob o aspecto da segurança jurídica, uma vez que, resolvida a relação obrigacional, dúvidas não haverá quanto à liberação das partes do cumprimento do dever principal de prestação, bem como de todos os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, ressaltados, em qualquer situação, aqueles que se protraem no tempo e incidem na fase pós-contratual.

Durante a manutenção do vínculo obrigacional, mesmo após o inadimplemento do devedor, conquanto o credor não esteja obrigado a executar a prestação que lhe cabe por força da exceção do contrato não cumprido, continuará obrigado a observar, ao menos, alguns deveres de conduta incidentes na concreta relação obrigacional. Tome-se como exemplo os deveres de lealdade, que obrigam as partes a se absterem de comportamentos que possam frustrar as expectativas corporificadas no contrato; dentre tais deveres, costuma-se apontar os de não concorrência na vigência do contrato e de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro.³⁶⁹ Não estando formalmente resolvido o contrato inadimplido, poderia o credor enfrentar a acusação de concorrência desleal se, futuramente, celebrasse contrato com o concorrente do devedor inadimplente.

É possível, outrossim, que durante a inércia do credor em exercer sua escolha, o devedor cumpra a obrigação a que se comprometera, a fim de tentar afastar a resolução da relação obrigacional. Configurado efetivamente o inadimplemento absoluto, já não interessará ao credor receber a prestação, pelo que poderá recusar-se a recebê-la, exercendo seu direito potestativo à resolução.³⁷⁰

³⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.607.

³⁷⁰ Ruy Rosado de Aguiar Júnior ressalva que não se pode perder de vista a possibilidade de configuração da *supressio*: o credor deixa de pleitear a resolução em tempo razoável e o faz posteriormente, em conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva, desleal à legítima expectativa do devedor, que acreditava que não seria mais resolvida a relação obrigacional (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.408). Como destaca Anderson Schreiber, a deslealdade necessária à configuração da *supressio* não está "no retardamento em si, mas na violação às normais expectativas daquele que acreditava não mais exercitável o direito"

Caracterizando-se a mora do devedor, não se coloca aquela alternativa, e resta à parte frustrada promover a execução específica. Nesse caso, o adimplemento posterior corresponde à purga da mora, e o credor estará obrigado a receber a prestação, sob pena de se configurar a *mora creditoris*, a autorizar o devedor a ajuizar ação consignatória. O credor apenas poderá recusar legitimamente a prestação se, em razão da demora no cumprimento perfeito, destruir-se seu interesse em recebê-la, hipótese em que a mora se converte em inadimplemento absoluto, e autoriza a resolução.

No tocante à forma da declaração, tampouco há requisito específico exigido em lei, pelo que, em homenagem à liberdade das formas prevista no artigo 107 do Código Civil, qualquer mecanismo de comunicação pode ser utilizado pelo credor para fazer chegar ao devedor a sua manifestação de vontade. Nada impede que as partes pactuem forma específica para a declaração, hipótese em que sua inobservância acarretará a invalidade da manifestação de vontade, que não resultará na resolução desejada. Admite-se, ainda, na esteira do que se passa no direito italiano,³⁷¹ que a declaração seja expressa ou tácita.

Cuida-se, com efeito, de declaração receptícia de vontade: quando posta concretamente à disposição do devedor, considera-se resolvida a relação obrigacional.³⁷² Não se faz necessária, portanto, a ciência inequívoca do devedor; basta que a ele

(SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.180). De todo modo, não é possível indicar, abstratamente, as situações em que haverá a *supressio* do direito de resolver a relação obrigacional; apenas o cuidadoso exame do caso concreto poderá conduzir a essa conclusão.

³⁷¹ De acordo com o Busnelli, "*la volontà di avvalersi della clausola risolutiva potrebbe essere manifestata, oltre che in modo esplicito, implicitamente poiché attraverso un comportamento inequivocabile*" (BUSNELLI, Francesco Donato. Clausola risolutiva. *Enciclopedia del diritto*, Milano, v.7, p.196-201, 1960. p.199). Em tradução livre: "a vontade de se valer da cláusula resolutive poderia se manifestar não somente de forma explícita, mas também implicitamente, por meio de comportamento inequívoco".

³⁷² A respeito das declarações receptícias de vontade, veja-se AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.397-398. Confira-se, ainda, lição de Cifuentes: "*Se suele denominar declaración recepticia a la que se dirige a otra persona que es su destinatario, y sus efectos comienzan con la llegada a este. Debe estar destinada a persona determinada o determinable e, además, le debe alcanzar, permitiéndole, por tanto, tomar conocimiento de la declaración. Por lo que hace al declarante, basta la emisión; pero la finalidad de ella, o sea la acción sobre la voluntad de la otra parte, no se produce mientras ésta no toma conocimiento, porque lo importante es establecer el momento en que comienzan los efectos jurídicos. Una vez que el destinatario llegue a conocerla, tiene eficacia la declaración recepticia*" (CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea: 2004. p.107).

tenha sido efetivamente dada a oportunidade conhecer o teor da declaração.³⁷³ Por isso, não é suficiente a declaração feita a terceiros: a carta em que o credor declara sua opção ao devedor, mas que nunca chega ao destinatário, ou a declaração feita a terceira pessoa, sem que a autorize a transmitir a notícia ao devedor, não serve como fator de eficácia da resolução. Entretanto, se o credor torna pública sua opção de tal forma a permitir a ampla ciência do devedor, embora sem lhe comunicar diretamente, produzem-se, desde logo, seus efeitos.

Considerando o silêncio do legislador nacional, que não previu regra como a constante dos artigos 1453.^o, 2 do *Codice Civile*,³⁷⁴ e 1124.^o, 2, do Código Civil espanhol,³⁷⁵ cumpre investigar se, no ordenamento jurídico brasileiro, a opção do credor é irretratável ou se, ao contrário, ele é titular de um *jus variandi* que lhe atribua a possibilidade de modificar sua escolha. A questão que se coloca, em suma, é a retratabilidade, ou não, da via eleita pelo credor.

Se o credor opta por resolver a relação obrigacional, fica impedido, desde a comunicação da escolha ao devedor, de alterar sua decisão, uma vez que é neste exato momento em que se opera a resolução do negócio. A resolução é, pois, irrevogável.³⁷⁶

Entretanto, não se pode deixar de considerar a possibilidade de o credor recuperar o interesse na prestação, por fato superveniente à declaração de

³⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.406.

³⁷⁴ Código Civil italiano, "art. 1453.^o, 2. *La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione*". Em tradução livre: "A resolução pode ser demandada também quando o juízo foi acionado para obter o adimplemento; mas não se pode mais requerer o adimplemento quando foi demandada a resolução".

³⁷⁵ Código Civil espanhol, "art. 1124.^o, 2. *El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible*".

³⁷⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p.313. Em sentido diverso, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, embora reconheça que a maioria da doutrina não admite a revogação da resolução depois que o devedor toma conhecimento da opção feita pelo credor, sustenta que os princípios da boa-fé e da justiça contratual podem exigir solução diversa: "Assim, *verbi gratia*, depois de chegar a notificação ao conhecimento do devedor, o credor pode aceitar a prestação oferecida pelo devedor, que assim purga a mora, ou pode conceder-lhe um prazo de graça." (AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p.415). A rigor, embora seja, de fato, possível a purga da mora depois da declaração de resolução, não se está diante de *jus variandi*, mas de exercício irregular do direito de resolver. Se o credor admite a purga da mora, é porque não se trata de inadimplemento absoluto, mas de mora, que não faculta ao credor a resolução. A declaração dirigida à resolução, portanto, é inválida, e a purga da mora, nesse caso, independe da concordância do credor.

resolução, e desejar reestabelecer o vínculo obrigacional. Nesse caso, como já se operou a resolução, outra solução não há senão nova manifestação de vontade de ambas as partes no sentido de celebrar outro contrato nos exatos termos do anterior. Semelhante avença não importa na repristinação do vínculo jurídico extinto pela resolução, mas, sim, na criação de novo vínculo,³⁷⁷ razão pela qual eventuais coobrigados que não tenham consentido com o novo negócio, bem como possíveis garantes do cumprimento da prestação, ficam exonerados da relação obrigacional que se inaugura. Tampouco se trata de novação, uma vez que não há o que extinguir – a extinção do vínculo anterior se operou pela resolução. Há, em definitivo, o nascimento de novo vínculo jurídico, que dá origem a nova dívida, embora se possa aproveitar a mesma disciplina estabelecida no contrato anterior por expressa manifestação de vontade das partes.

Por outro lado, feita a escolha em favor da execução pelo equivalente do contrato, pode o credor, diante do não cumprimento espontâneo pelo devedor, e até após o ajuizamento da ação com vistas à execução, optar pela resolução do contrato, desde que, naturalmente, evento superveniente o autorize. Pode acontecer que após escolher a execução pelo equivalente, o credor constate que o devedor não tem condições de pagar o que lhe deve, pelo que a opção pela resolução surge como a alternativa menos prejudicial, porquanto o liberará do seu dever de prestar – ou lhe permitirá recuperar o que já houver prestado –, restringindo-se a execução às perdas e danos, que poderão, inclusive, já estar prefixadas contratualmente. Desse modo, não obstante iniciada a execução pelo equivalente, permanece, de regra, *in potentia* a possibilidade de o credor optar pela resolução, desde que o seu interesse na manutenção do vínculo seja severamente comprometido por evento superveniente.³⁷⁸

³⁷⁷ É o que afirma, no direito italiano, Rodolfo Sacco (SACCO, Rodolfo. *Garanzie e autonomia contrattuale*. In: AJANI, Gianmaria et al. (Org.). *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*. Napoli: Jovene Editore, 2011. p.446).

³⁷⁸ Conforme destaca Darcy Bessone acerca da cláusula resolutiva tácita, em lição de todo aplicável à cláusula resolutiva expressa, "finda a ação de execução, sem que esta se realize plenamente, o equilíbrio contratual continuará rompido, por efeito do inadimplemento, justificando-se, ainda, a resolução. [...] A execução indireta, por meio de indenização, na melhor hipótese apenas aproximada e quase sempre incompleta, pode também mostrar-se incapaz de recompor a economia do contrato. O que muito importa, porém, é que, tentada, ou não, a execução coativa, o inadimplemento seja bastante grave para nele fundar-se a resolução" (BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.330).

Da mesma forma, a opção do credor pela execução específica não o impede de, posteriormente, pretender a resolução da relação obrigacional, se a perpetuação da mora convertê-la em inadimplemento absoluto. O direito de resolver nasce quando a frustração da demanda de cumprimento deságua na configuração de um inadimplemento absoluto. O *jus variandi* não depende da vontade arbitrária do credor, mas se vincula à impossibilidade/inutilidade da execução específica da prestação. Há de tratar-se de impossibilidade/inutilidade posterior ao momento do exercício da opção original; apenas a impossibilidade/inutilidade posterior abre ao credor o *jus variandi*.

Considerando-se, portanto, a possibilidade latente de o credor perder o interesse na manutenção do vínculo, seja em razão da frustração da execução pelo equivalente, seja em decorrência da conversão da mora em inadimplemento absoluto, deve-se avaliar com redobrada atenção a eventual configuração de renúncia tácita à resolução, assentada na adoção, pelo credor, de comportamentos incompatíveis com o exercício do direito potestativo de resolver a relação obrigacional.

Afirma-se em doutrina que a aceitação do cumprimento inexato,³⁷⁹ bem como o recebimento da prestação depois de vencido o termo de adimplemento³⁸⁰ representariam renúncia tácita à resolução do contrato. Parece, no entanto, que se o credor aceita o cumprimento inexato ou se aceita a prestação depois do vencimento do termo, não há propriamente renúncia, porque sequer chega a nascer o direito à resolução: se a prestação não se tornou impossível para o devedor e tampouco inútil para o credor, em verdade, configura-se mora, e não inadimplemento absoluto. O mesmo se diga a respeito da situação em que o credor, vencido o prazo do devedor, efetua a sua prestação, a denotar que o adimplemento pelo devedor ainda lhe é útil, a conformar, mais uma vez, mora.

Todas essas situações servem como indícios de manutenção do interesse do credor na prestação, e devem ser cotejadas com as demais circunstâncias que gravitam em torno do caso concreto. Não é difícil imaginar um exemplo em que a mora se converta em inadimplemento absoluto, e autorize a resolução extrajudicial.

³⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.409.

³⁸⁰ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011. p.906.

Tome-se a seguinte hipótese: A celebra contrato de EPC³⁸¹ com a empresa B para que construa um porto com o objetivo de exportar minérios. Do contrato consta cláusula resolutiva expressa de acordo com a qual A poderá resolver o contrato se B não entregar a obra pronta e em condições perfeitas de funcionamento até certa data. No dia ajustado, B não entrega a obra, A a notifica acerca da impontualidade, e ressalva que a tolerância em relação ao atraso não implica renúncia ao direito de resolver a relação obrigacional. Doze meses depois da data acertada, e tendo A notificado o devedor todos os meses, A resolve a relação, pois não há sequer previsão de conclusão das obras, tendo em vista o comportamento desidioso do devedor.

Não resta dúvida de que, no exemplo formulado, a tolerância do credor não afasta a possibilidade de resolução. Embora o credor tenha esperado o adimplemento por doze meses além da data ajustada, a falta de perspectiva em relação ao recebimento da prestação converte a mora em inadimplemento absoluto, já que fulmina o interesse no sinalagma.

De outra parte, parece possível vislumbrar renúncia tácita ao direito de resolver quando o credor, configurado o inadimplemento absoluto, opta pela execução pelo equivalente, em vez da resolução. Nesse caso, o credor não poderia, em seguida, arrepender-se de sua escolha e pleitear o remédio resolutório, a não ser

³⁸¹ Segundo Sacha Calmon, a modalidade de contrato chamada EPC é aquela "na qual há uma empresa especializada que centraliza todos os contratos relacionados à implantação da nova planta industrial (construção civil, detalhamento de projeto e montagem de equipamentos elétricos e mecânicos etc.). Via de regra, os riscos da contratação ficam a cargo da empresa *epcista* contratada. Normalmente, os contratos de EPC são operacionalizados pela via do *turn key*, ou seja, o objeto da contratação é a entrega do empreendimento acabado e em operação. Como remuneração, estabelece-se um preço global, podendo haver taxas de sucesso ou *performance bond*" (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. PIS/Cofins não cumulativos – contratos de "EPC" para a construção de bens do ativo imobilizado – momento de reconhecimento do crédito e sua base de cálculo – o Recap e suas consequências fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.182, p.149, nov. 2010, grifos no original). Veja-se, também, a lição de Luiz Olavo Baptista: "EPC é a sigla pela qual se designam os contratos de projeto (*Engineering*), construção (*Construction*) e materiais (*Procurement*) na prática internacional. [...] Nos contratos EPC, uma empresa é contratada para assumir responsabilidade total por todas as fases de uma obra: a concepção e projeto (inclusive os preliminares e os de execução), construção (todas as obras, inclusive as de montagem e instalação de componentes e equipamentos que as integrem) e aquisição dos materiais necessários para a obra. Corresponde ao modelo jurídico da empreitada de labor e materiais no direito brasileiro. Mais ainda do que ocorre no contrato nominado empreitada global, o EPC raramente se apresenta de forma idêntica em todas as oportunidades, pois o escopo das obrigações das partes varia e é definido em razão de circunstâncias econômicas e outras em cada caso. Assim o conceito designa o conjunto mais usual das obrigações e serve para que as partes possam adaptá-lo às suas necessidades e possibilidades" (BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex, 2011. p.27-28).

que acontecimento superveniente alterasse as circunstâncias, abrindo-lhe novamente essa opção. A renúncia tácita deve ser interpretada estritamente, de modo a entendê-la limitada à situação fática diante da qual ela teve lugar. Eventos posteriores que alterem a conjuntura podem autorizar a resolução, sempre possível quando se frustrar o interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional.

Posto isso, note-se que, na maioria das situações em que se afirma haver renúncia ao direito de resolver, não há, realmente, direito de resolver, pois não configurado o inadimplemento absoluto, e sim a mora. Em contrapartida, presentes os pressupostos necessários à resolução, requer-se rigorosa análise do caso concreto a fim de verificar se houve, de fato, renúncia tácita, configurada quando o credor adota conduta manifestamente incompatível com o exercício do direito – o que não descarta a possibilidade de, doravante, novas circunstâncias lhe atribuírem, outra vez, o direito potestativo.

Por fim, vale sublinhar que embora, de ordinário, a resolução se opere no exato momento em que o devedor toma conhecimento da declaração do credor, nada impede – e, por vezes, as circunstâncias o recomendam – que a concomitância não ocorra. A exceção se justifica em contratos nos quais a prestação do credor assume tamanha relevância no âmbito da atividade do devedor, que sua abrupta interrupção pode lhe causar prejuízos desproporcionais. Em tais situações, as partes devem ajustar, contratualmente, a partir de que momento a declaração passará a produzir seus efeitos. Não havendo tal ajuste, deverá o juiz fixar o prazo razoável, de acordo com o concreto negócio, a partir do qual a relação se considerará efetivamente resolvida. Reconhece-se, contudo, que essa não é a melhor solução, tendo em vista que o objetivo da cláusula resolutiva expressa reside, justamente, em evitar as delongas e incertezas do Poder Judiciário. Daí a ratificação da importância de as partes, no exercício de sua autonomia privada, cuidarem para que o conteúdo da cláusula seja o mais claro e específico possível, compatível com a promoção de seus interesses.

2.3.1 Declaração dirigida à resolução e desnecessidade de constituição em mora do devedor

A declaração do credor por meio da qual faz chegar ao devedor sua opção pela resolução não se confunde com a interpelação do devedor para sua constituição em mora. Trata-se de declarações distintas, com suportes fáticos e funções que não se confundem: enquanto a declaração sobre a qual se discorre pressupõe o inadimplemento absoluto ou a verificação do risco inserido na cláusula resolutiva expressa, e tem por função resolver a relação obrigacional, a interpelação para constituição em mora requer a simples inobservância do modo, tempo ou lugar ajustados para a prestação, sem, todavia, comprometer o interesse do credor em recebê-la, além de ter em mira inaugurar a mora do devedor.

Por certo, a interpelação para constituição em mora será necessária, antes da declaração dirigida à resolução, quando não houver termo previamente ajustado para o cumprimento da prestação. Nesse caso, inclusive, pode o credor, naquela interpelação, já manifestar o seu propósito de resolver a relação, como lhe autoriza a cláusula resolutiva, caso o devedor não execute a obrigação constante da cláusula no prazo assinalado, dispensando-o de nova declaração.³⁸² Por outro lado, havendo termo contratualmente fixado, a mora é *ex re*, e dispensa qualquer interpelação pessoal,³⁸³ autorizando a imediata declaração dirigida à resolução.³⁸⁴

No entanto, algumas leis especiais exigem a interpelação do devedor para a constituição em mora, inclusive em presença de termo de adimplemento, o que vai de encontro à disciplina legal do inadimplemento relativo. É o que se passa, por exemplo, no âmbito de promessa de compra e venda de imóveis loteados (Lei

³⁸² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil*: da extinção do contrato. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.381.

³⁸³ É o que consta expressamente do art. 397 do Código Civil: "O inadimplemento de obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial".

³⁸⁴ Foi exatamente o que reconheceu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar contrato de transporte de pessoa celebrado entre certa transportadora e a Raízen Energia S/A, do qual constava cláusula resolutiva expressa nos seguintes termos: "O descumprimento, pela contratada, das obrigações aqui relacionadas, dará à contratante a opção de suspender a execução ou mesmo rescindir o presente contrato, independente de qualquer formalidade [...]". A contratada, *in casu*, deixou cumprir as obrigações trabalhistas com seus empregados, o que era expressamente exigido no contrato. Em seu voto, ressaltou o Relator: "Nos casos de resolução do contrato não há a necessidade de cumprimento de prazo mínimo e notificação prévia por se tratar de mora *ex re*, visto que o contrato considera-se rescindido (resolvido) a partir do momento em que houve o inadimplemento por parte da contratada" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0023226-21.2011.8.26.0302. Relator: Des. Alberto Gossion. Julgamento: 30/03/2015. Órgão Julgador: 20.^a Câmara de Direito Privado).

n.º 6.766/1979)³⁸⁵ e não loteados (Decreto-Lei n.º 745/1969).³⁸⁶ A rigor, o tratamento especial dispensado pelo legislador ao promitente comprador visou à contenção da autotutela por parte do promitente vendedor, conferindo proteção especial ao promitente comprador, que se encontrava em posição de manifesta desvantagem. Nessa direção, Altino Portugal Soares Pereira observa que, dentre os motivos que levaram o legislador a exigir a interpelação do promitente comprador,

costuma lembrar-se a falta de amparo do promitente comprador que, vítima de sua simplicidade e incúria, chega ao termo de sua obrigação, sem cumpri-la e ignora que se está expondo à rescisão do contrato celebrado. Por outro lado, a diminuição assustadora do poder aquisitivo da moeda e a consequente valorização imobiliária estimulam, fortemente, os promitentes vendedores menos honestos a deixarem de receber as prestações do preço ajustado, para, rescindindo o contrato não cumprido, realizar negócio mais vantajoso.³⁸⁷

Por se tratar de exceção ao regime jurídico da mora, há que se restringir a necessidade de interpelação às hipóteses legalmente previstas.³⁸⁸ No entanto, no

³⁸⁵ Lei n.º 6.766/79, "Art. 32. Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor. § 1.º Para 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".

³⁸⁶ Decreto-Lei n.º 745/69, "Art. 1.º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro, de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 (quinze) dias de antecedência". De acordo com Darcy Bessone, "não explica o texto o fim a que se destina o prazo, mas subentende-se que foi estabelecido para a purgação da mora" (BESSONE, Darcy. *Da compra e venda, promessa, reserva de domínio e alienação fiduciária em garantia*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p.191). Confira-se na jurisprudência: "Processual civil. Ação de rescisão de promessa de compra e venda, cumulada com pedido de reintegração de posse. Cláusula resolutiva expressa. Ineficácia. Necessidade de prévia interpelação para constituição do devedor em mora. Decreto-lei n.º 745/69, art. 1.º Aplicação imediata. I – 'A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor' (Súmula 76/STJ). II - A exigência de notificação prévia, instituída pelo art. 1.º do Decreto-lei n.º 745/69, para a constituição em mora do devedor, tem aplicação imediata, por se tratar de norma de direito processual. III - A falta de interpelação para constituição da mora acarreta a extinção do processo. IV - Recurso especial conhecido e provido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 45845/SP*. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgamento: 06/08/2002. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJ 23.09.2002 p. 350; RSTJ vol. 162 p. 237; RT vol. 809 p. 21).

³⁸⁷ PEREIRA, Altino Portugal Soares. *A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro*. Curitiba: Oficinas de Aprendizagem do SENAI, 1957. p.134.

³⁸⁸ Interessante, a esse respeito, reproduzir a observação de Altino Portugal Soares Pereira sobre a exigência de interpelação do promitente comprador de imóveis loteados, constante do Decreto-Lei n.º 58/37, e a impossibilidade de sua extensão às promessas de compra e venda de imóveis não loteados que, àquela altura, não contavam com regra semelhante, razão pela qual alguns autores propugnavam pela equiparação do regime da mora por força da redação conferida ao art. 22 do Decreto-Lei n. 58/37 pela Lei n.º 649/49: "No que tange à constituição em mora do devedor, nas

que tange ao arrendamento mercantil, a despeito do silêncio da Lei n. 6.099/1974, a Súmula 369 do Superior Tribunal de Justiça introduziu a exigência, nos seguintes termos: "No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora".^{389,390} A partir dos precedentes que conduziram à elaboração do Enunciado, é possível concluir que a interpelação do devedor para sua constituição em mora,³⁹¹ informando-lhe o valor do débito, é exigida com a finalidade precípua de

promessas de compra e venda de imóveis não loteados, não há como se deixar de fazer a estrita aplicação dos preceitos expressos nos arts. 955 a 963 do Código Civil, que dizem respeito às obrigações em geral. Êstes se acham em pleno vigor. E se houve uma pequena derrogação de seus princípios pelas normas atinentes às promessas de imóveis loteados (art. 14 e §§, do Dec.-lei n.º 58/37), esta deve ser entendida restritamente, ou seja, apenas em relação ao objeto determinado – promessas de venda de imóveis *loteados*. A exceção aberta pelo Dec.-lei n.º 58/37 e seu Regulamento não justifica generalizações" (PEREIRA, Altino Portugal Soares. *A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro*. Curitiba: Oficinas de Aprendizagem do SENAI, 1957. p.130).

³⁸⁹ Observe-se que, embora a Súmula se refira apenas ao arrendamento mercantil, o Superior Tribunal de Justiça a estende aos arrendamentos residenciais, por força da Lei n.º 10.188/2001, cujo art. 10 determina: "Aplica-se ao arrendamento residencial, no que couber, a legislação pertinente ao arrendamento mercantil". Nesse diapasão, confira-se o seguinte julgado: "[...] I - A Lei n. 10.188, de 12.2.2001, que rege especificamente a matéria relativa ao arrendamento residencial, apesar de estabelecer a necessidade de prévia notificação ou interpelação do arrendatário para a sua constituição em mora, apta a configurar o esbulho possessório e autorizar o arrendador a propor a ação de reintegração de posse, não prevê a necessidade ou não de prévia notificação do arrendatário na hipótese da existência de cláusula resolutiva expressa; II - Aplicando-se ao arrendamento residencial as normas relativas ao arrendamento mercantil (art. 10 da Lei n. 1.0188/2001), tem-se que a Segunda Seção desta Corte já pacificou o entendimento de que constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, ainda que o contrato de arrendamento mercantil contenha cláusula resolutiva expressa (Súmula n. 369/STJ). [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1099760/RJ*. Relator: Des. Massami Uyeda. Julgamento: 07/12/2010. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJe 03/02/2011).

³⁹⁰ Anteriormente à edição da Súmula, encontrava-se o seguinte entendimento, em consonância com a disciplina da cláusula resolutiva expressa: "Recurso Especial. Processual civil. "Leasing". Reintegração de posse. Liminar. Notificação prévia. Cláusula resolutória expressa. A resolução do contrato de "leasing" opera-se de plano a partir do momento em que restou configurado o inadimplemento da arrendatária, independentemente de notificação premonitória, se existente no contrato cláusula resolutória expressa. A retenção do bem após a rescisão automática do contrato, torna injusta a posse, caracterizando esbulho possessório, autorizador da reintegração liminar da posse. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 329932/SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 11/12/2001. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJ 03.06.2002 p. 202; RT vol. 806 p. 153).

³⁹¹ De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, não é necessária a interpelação pessoal: "A mora do devedor deve ser comprovada por notificação extrajudicial realizada por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos a ser entregue no domicílio do devedor, sendo dispensada a notificação pessoal, ou quando esgotados todos os meios para localizar o devedor, pelo protesto do título por edital" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 474283/SC*. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 27/03/2014. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJe 09/05/2014).

marcar o termo *a quo* do esbulho – que não se daria com a resolução decorrente da cláusula resolutiva expressa –, pressuposto da ação de reintegração de posse.³⁹²

Ao se exigir a notificação do devedor para constituí-lo em mora, impõe-se, ainda que indiretamente, a mesma formalidade para a resolução calcada na cláusula resolutiva expressa. No entanto, sabe-se que a configuração da mora requer a possibilidade de prestar e a utilidade da prestação para o credor, situações que não se configuram no âmbito da cláusula resolutiva expressa, cujo pressuposto é o inadimplemento absoluto. As duas situações são excludentes: ou bem a prestação é possível para o devedor e útil para o credor, e incorre o devedor em mora, ou bem, por culpa do devedor, a prestação se impossibilitou ou se tornou inútil para o credor, a franquear-lhe a resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa. O que não é possível é exigir, após a configuração do suporte fático inserido na cláusula

³⁹² Confirmam-se as ementas dos sete precedentes indicados pelo Superior Tribunal de Justiça como justificadores da Súmula: "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 2.^a 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. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 162.185/SP*. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento: 13/09/2006. Órgão Julgador: 2.^a Seção); "Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Constituição em mora. Notificação do devedor. 1. Esta Corte tem precedentes no sentido de que 'a notificação prévia é requisito indispensável para a reintegração de posse'. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 516.564/RS*. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgamento: 09/12/2003. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJ 15/03/2004); "[...] 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. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 185.984/SP*. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 27/06/2002. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 02/09/2002); "[...] A notificação prévia da arrendatária é requisito para a ação de reintegração de posse promovida pela arrendadora. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 139305/RS*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 18/12/1997. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 16.03.1998 p. 147); "[...] 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" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 185.984/SP*. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 27/06/2002. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 02/09/2002); "Recurso Especial – Arrendamento mercantil – Ação de reintegração de posse – Purgação da mora. É admissível a purgação da mora em contratos de arrendamento mercantil, sendo imprescindível a notificação prévia do arrendatário, com a especificação dos valores devidos para se configurar a sua constituição em mora. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 228.625/SP*. Relator: Min. Castro Filho. Julgamento: 16/12/2003. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJ 16/02/2004); "[...] Constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, ainda que o contrato de arrendamento mercantil contenha cláusula resolutiva expressa. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 285.825/RS*. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgamento: 04/11/2003. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 19/12/2003).

resolutiva expressa, a constituição em mora do devedor como pressuposto da resolução.³⁹³

Não se confundem, em suma, a declaração pela qual o credor manifesta sua vontade de resolver extrajudicialmente a relação obrigacional, com a notificação do devedor para constituição em mora. A constituição em mora pressupõe, como visto, a mora, e concede ao devedor prazo para purgá-la; a declaração resolutiva, por sua vez, requer o inadimplemento absoluto, e não abre ao devedor a possibilidade de cumprir a prestação, pois dá por resolvido o vínculo obrigacional.

De todo modo, é verdade que, no arrendamento mercantil, a prestação a cargo do devedor é de pagar quantia certa, razão pela qual algum atraso no adimplemento não se mostra, normalmente, suficiente para comprometer o interesse do credor na prestação, afigurando-se possível a purga da mora. Por isso, em tais casos, não haveria sequer que se falar em inadimplemento absoluto, a afastar, de plano, a aplicação da cláusula resolutiva expressa.

Além disso, é preciso considerar que, muitas vezes, o arrendamento mercantil encerra relação de consumo,³⁹⁴ a demandar, em alguma medida, intervenções do Estado protetivas e reequilibradoras da relação. E, ao que tudo indica, parte da

³⁹³ Nesse sentido, confira-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "No arrendamento mercantil inexistente lei exigindo a notificação previa como condição para resolução do contrato. Ao revés, esta se dá pelo simples inadimplemento segundo o princípio *dies interpellat pro homine*. E na hipótese em exame, a cláusula 12.1 do contrato (fls. 15) prevê a rescisão do contrato, independentemente de qualquer aviso ou notificação, no caso de não pagamento de qualquer das prestações. Logo, notificação alguma tinha de ser feita. A própria contestação confessa a existência de débito em aberto, avançando para impugnar a planilha do credor, incabível na sede de que se cuida. Assim, diante do inadimplemento do arrendatário na data assinalada, ocorre a resolução do contrato, permitindo, de conseguinte, a reintegração do arrendante na posse do bem arrendado. A situação hoje é de inadimplemento e não meramente mora, que conduz ao rompimento do contrato. Inadimplido deve ser rescindido o pacto, com a reintegração da posse da arrendadora" (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 1637366-10.2011.8.19.0004, Relator: Des. Marília de Castro Neves Vieira. Julgamento: 17/03/2014. Órgão Julgador: 20.^a Câmara Cível).

³⁹⁴ "[...] Figurando instituição financeira como uma das partes contratantes, na qualidade de fornecedora de serviços de financiamento para fomentar a realização dos contratos de arrendamento mercantil, caracteriza-se a existência de relação de consumo, na esteira de orientação dominante nesta Corte segundo a qual o contrato de arrendamento mercantil rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de serviço remunerado de locação de coisa com opção de compra. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 504542/PR*. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Julgamento: 21/06/2005. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 22/08/2005 p. 279). Por outro lado, "diante da teoria finalista, acolhida na jurisprudência deste Tribunal Superior, contratos celebrados para a obtenção de financiamento mediante arrendamento mercantil, do tipo *lease back*, e para a aplicação financeira dos respectivos recursos em CDB com o propósito de ampliar o capital de giro e fomentar a atividade empresarial não são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, ausente a figura do consumidor definido no art. 2.^o do referido diploma. [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

jurisprudência tem entendido que a exigência de constituição em mora é a medida necessária e adequada, nesse caso, à tutela do consumidor.³⁹⁵

O que se deve combater, a todo custo, é a criação, no âmbito de relações paritárias norteadas por interesses econômicos de ambas as partes, de pressupostos extralegais para a resolução calcada em cláusula resolutiva expressa, como seria o caso de se exigir a constituição em mora do devedor por notificação, em total afronta à sistemática da cláusula resolutiva expressa. Se não há lei que imponha a notificação do devedor e o contrato prevê termo de adimplemento, a inexecução da obrigação constante da cláusula configura, de imediato, o inadimplemento absoluto, independentemente de qualquer ato do credor.³⁹⁶

Por essa razão, na hipótese de a cláusula resolutiva expressa, aposta em contrato paritário, se referir ao não pagamento de certo número de prestações como autorizador da resolução, o inadimplemento das parcelas referidas resolve de pleno direito a relação, independentemente de notificação para constituição em mora, como decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios ao examinar cláusula redigida nos seguintes termos:

O não pagamento da taxa de concessão por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, ensejará a rescisão unilateral do Contrato, independentemente de notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, por ato da Diretoria Colegiada, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis para a cobrança do débito.

Consoante entendeu o Tribunal, "depreende-se, portanto, que após o inadimplemento de três prestações avençadas, o contrato resolveu-se, automaticamente, nos termos do artigo 474 do CC".³⁹⁷ E nem poderia ser diferente. Ao inserir no contrato cláusula naquele sentido, o credor está a indicar que haverá

REsp 746885/SP. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgamento: 18/12/2014. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 30/03/2015).

³⁹⁵ Como esta tese não se propõe a analisar a cláusula resolutiva expressa no âmbito de relações de consumo, não se enfrentará este entendimento.

³⁹⁶ É o que também sustenta 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" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.142).

³⁹⁷ *DISTRITO FEDERAL*. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *AC 20120111254478*. Relator: Des. Sérgio Rocha. Julgamento: 30/04/2014. Órgão Julgador: 2.^a Turma Cível.

quebra do sinalagma, a comprometer seu interesse na prestação, se o devedor deixar de pagar ao menos aquelas tantas prestações, o que pode ser legítimo no contexto do concreto negócio. Nessa situação, a interpelação para a constituição em mora afigura-se desarrazoada, tendo em vista que o inadimplemento absoluto já está caracterizado com a inexecução reiterada do devedor.

Naturalmente, conquanto a lei não exija a prévia interpelação para constituição em mora do devedor, podem as partes incluir tal exigência no contrato, e o inadimplemento absoluto só restará configurado após o transcurso, *in albis*, do prazo assinalado na notificação, a partir de quando será admitida a resolução extrajudicial. É possível que o contrato exija a prévia interpelação do devedor, a fim de lhe dar a oportunidade de provar que o incumprimento não é imputável, o que afasta a configuração do inadimplemento e, conseqüentemente, da resolução, a exemplo da cláusula resolutiva expressa que constou de contrato cujo objeto consistia na construção de campo esportivo:

A contratante se reserva o direito de dar por findas as obrigações por ele assumidas no presente ajuste, caso verifique que a contratada não vem cumprindo com quaisquer de suas obrigações contidas neste instrumento, ou vem cumprindo tardiamente, o que poderá implicar em não concluir a construção do Campo e entregá-lo para uso aqui previsto, sendo certo que a contratante somente poderá exercer os direitos aqui assegurados após notificar a contratada, a fim de que possa demonstrar que o motivo do atraso não decorre de atos a ela imputáveis ou então que, apesar de eventual atraso, tem condições de cumprir com o prazo final previsto no cronograma.

Nesta outra cláusula inserida em contrato de prestação de serviços de banda larga para internet, impõe-se a notificação da parte infratora com o objetivo de lhe dar a oportunidade de regularização dos serviços, sem o que se tem o contrato por resolvido:

7.1. A contratante tem o direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável, de cancelar ou interromper os serviços prestados, a qualquer tempo e sem ônus adicional. 7.2. O presente contrato poderá ser rescindido por qualquer das Partes, motivadamente, nas seguintes hipóteses: 7.2.1 Qualquer das partes deixar de cumprir as obrigações estipuladas no presente Contrato, sem que sane a irregularidade em até 10 (dez) dias após recebida a notificação à outra Parte para que o faça, hipótese em que a parte infratora ficará obrigada ao pagamento à outra Parte, no ato da rescisão, da quantia correspondente

a 30% (trinta por cento) do saldo remanescente do valor total atualizado do contrato, sem prejuízo de indenização por eventuais perdas e danos havidos.³⁹⁸

2.4 O exercício abusivo da resolução

A presença dos pressupostos examinados neste capítulo faz nascer para o credor o direito potestativo de resolver a relação obrigacional. Tais pressupostos, no entanto, não garantem ao titular do direito, *tout court*, a tutela do ordenamento jurídico. Imperioso que, além de lícito, o exercício do direito seja legítimo, conforme à boa-fé e ao fim econômico e social do direito, sob pena de se configurar abusivo.³⁹⁹

O Código Civil de 2002, suprimindo lacuna do Código de 1916,⁴⁰⁰ positivou o abuso do direito no artigo 187, e suscitou alguma controvérsia em relação à efetiva independência dogmática do instituto, já que pareceu equipará-lo ao ato ilícito.⁴⁰¹ José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo, apesar de reconhecer a razoabilidade, do ponto de vista teórico, da distinção entre as duas figuras, sustenta que, "no atual

³⁹⁸ O Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando o contrato do qual constou referida cláusula, entendeu ter havido a resolução extrajudicial da relação obrigacional 10 dias depois da notificação exigida, sob o fundamento de que os serviços contratados não foram prestados como determinava o contrato, "de modo que a multa rescisória deve ser paga pela requerida, tal e qual previsto no negócio jurídico" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0147425-76.2010.8.26.0100. Relator: Des. Rômulo Russo. Julgamento: 14/10/2013. Órgão Julgador: 21.^a Câmara de Direito Privado).

³⁹⁹ Castanheira Neves observa que o essencial da problemática do abuso do direito reside na "diferente dimensão metodológica exigida por um revisto sentido de juridicidade. Aquele sentido do jurídico que, recusando-se à identificação com um conteúdo significativo a elaborar apenas conceitualmente e a processar tão só logicamente, se compreende antes como uma intenção axiológico-normativa que, sem prescindir do apoio de estruturas conceituais, se terá de realizar e comprovar concreto-historicamente. Uma juridicidade que deixou de medir-se por uma validade lógico-ideal de fundamento apenas legal, para se medir por uma validade concreta de fundamento axiológico-normativo" (CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão de fato – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. v.1. p.527-528).

⁴⁰⁰ Sob a vigência do Código Civil de 1916, consagrou-se a teoria do abuso do direito a *contrario sensu*, a partir da expressão *exercício regular do direito*, prevista no art. 160, I. A esse respeito, afirmou San Tiago Dantas: "No projeto do Código Civil brasileiro, a emenda da Câmara centralizou a teoria, como poderão ver pela leitura do art. 160 do Código Civil brasileiro. Na expressão 'exercício regular', quer-se dizer que nós consideramos que tolhe a ilicitude um exercício regular do direito adquirido, e não tolhe um exercício irregular. O exercício irregular é o abuso do direito e o que nós consideramos por exercício irregular é, justamente, o exercício anti-social, quer dizer, o exercício que contraria as finalidades em vista das quais o direito foi instituído" (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*: teoria geral. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino et al. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.320).

⁴⁰¹ A rigor, sob a égide do Código Civil de 1916, já se questionava sobre a independência dogmática do instituto, conforme se extrai da obra de Everardo da Cunha Luna, para quem a "a ilicitude é da essência do abuso de direito, o que implica em afirmar ser o ato abusivo uma das muitas variedades do ato ilícito – esse, o fundamento para detenção de um seguro conceito do abuso [...]" (LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.73-74).

ordenamento, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do art. 186 (violação de direito alheio) e a do art. 187 (abuso de direito próprio). Cada espécie tem seus pressupostos".⁴⁰² Se assim não o fosse, prossegue o autor, não haveria equiparação, mas identificação, a tornar inútil o disposto no artigo 187. Por fim, Barbosa Moreira conclui que as duas espécies ficam irmanadas pela consequência comum prevista no artigo 927, *caput*, que imputa ao autor do ato ilícito a responsabilidade pela indenização do dano causado.⁴⁰³

Contemporaneamente tem-se reconhecido a plena autonomia do abuso do direito. O ato ilícito a que o artigo 187 equipara o abuso deve ser entendido como "uma ilicitude *lato sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito a do ato abusivo, que são claramente diversas".⁴⁰⁴ Com efeito, tanto no ato abusivo quanto no ato ilícito pratica-se um ato antijurídico. Contudo, no ato ilícito, infringe-se, direta e imediatamente, um preceito jurídico, ao passo que no abuso do direito, embora se observe a estrutura formal da situação jurídica subjetiva, viola-se seu aspecto axiológico, funcional. O ato ilícito excede os limites lógico-formais; o ato abusivo excede os limites axiológico-materiais.⁴⁰⁵ Portanto, no ato abusivo, o titular parte de um direito próprio, a ele regularmente conferido pela ordem jurídica, mas o exerce de modo contrário à sua afetação axiológica, funcional ou teleológica.

Pense-se, por exemplo, no direito do credor de cobrar a dívida, que nasce com a mora do devedor. Esse direito deve ser exercido de acordo com a boa-fé, sob pena de se configurar abusivo. É o que ocorre se o credor passa a perseguir o

⁴⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.13, p.104, jan./mar. 2003.

⁴⁰³ BARBOSA MOREIRA, loc. cit.

⁴⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.346.

⁴⁰⁵ Sobre a distinção entre ato ilícito e abuso do direito, confira-se: SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.50, p.35-91, abr./jun. 2012. p.72. No direito português, veja-se, a esse respeito, Cunha de Sá: "Logo pelo respectivo fundamento as duas qualificações jurídicas se autonomizam: na ilegalidade ou ilícito formal, são os limites estruturais do direito que se ultrapassam; no abuso do direito, excedem-se os limites materiais desse direito, aquelas precisas fronteiras que lhe são marcadas pelo seu imanente sentido axiológico-jurídico. E mesmo que, porventura, se devam concluir que deveriam ser idênticas as consequências de ambas as modalidades de antijurídico, bastaria a diversidade dos critérios por que se determinam para assegurar o interesse dogmático da distinção e a autonomia científica das respectivas qualificações jurídicas" (CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2005. p.468-469).

devedor em seu trabalho e em seus momentos de lazer com a família, se envia ininterruptamente e-mails e mensagens de texto pelo celular, se telefona diuturnamente cobrando a dívida. Não há dúvidas de que, diante da mora, o credor pode exigir o pagamento da dívida, mas não pode fazê-lo de forma irregular. Está-se diante, inegavelmente, de irregularidade no exercício do direito, e não de ausência de pressupostos para seu nascimento. Por outro lado, se o credor passa a cobrar a dívida antes do seu vencimento, configura-se exercício de um não direito, haja vista que a ordem jurídica sequer lhe atribui o direito de cobrar, por ausência de um dos pressupostos indispensáveis para tanto: o vencimento da dívida.

Posto que, tradicionalmente, a doutrina se refira ao abuso do direito subjetivo, o exercício de qualquer situação jurídica subjetiva é passível de abuso,⁴⁰⁶ inclusive o direito potestativo, como o é o direito de resolver a relação obrigacional.⁴⁰⁷ Nessa senda, afigura-se necessário verificar, após a constatação da presença dos pressupostos indispensáveis à atribuição ao credor do direito potestativo de resolver a relação obrigacional, se o seu exercício se conforma aos ditames de boa-fé objetiva e atende ao seu fim econômico e social, sob pena de configurar-se abusivo. A análise, a essa altura, bem se percebe, centra-se, por conseguinte, na legitimidade do exercício da resolução.

No direito italiano, Roberta Mongillo afirma que se configura abusiva, por violação à boa-fé objetiva, a resolução que apenas se tornou possível porque o credor não

⁴⁰⁶ De acordo com Pietro Perlingieri, "*Se il comportamento concreto non è giustificato dall'interesse che permea la funzione del rapporto giuridico del quale fa parte la situazione, si configura un abuso della stessa. L'abuso è l'esercizio contrario o comunque estraneo alla funzione della situazione soggettiva*" (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p.80-81). Em tradução livre: "Se o comportamento concreto não é justificado pelo interesse que permeia a função da relação jurídica de que faz parte a situação, configura-se um abuso da mesma. O abuso é o exercício contrário ou estranho à função da situação subjetiva".

⁴⁰⁷ Na doutrina brasileira, manifesta-se Heloísa Carpena: "Adotado o conceito de abuso do direito, identificado pela confrontação com os fundamentos axiológicos inerentes a qualquer direito, não faz sentido partir da categoria de direitos, classificados por um critério lógico-formalista, para concluir pela aplicação da teoria somente aos direitos subjetivos. [...] Quanto aos direitos potestativos, por exemplo, a sujeição daquele que ocupa a situação passiva não é absoluta, pois não deixa de ser justificado e orientado pelo valor normativo de que estes se revestem" (CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.62-63). No mesmo sentido, confira-se CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.90-91. E no direito português, remete-se o leitor a MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.898.

adotou comportamento voltado à conservação do vínculo, viabilizando, com sua inércia ou conduta voluntária, a atuação do mecanismo resolutório.⁴⁰⁸

Retome-se, então, o exemplo formulado alhures sobre o contrato de fornecimento de insumo a ser utilizado na fabricação do produto final do credor.⁴⁰⁹ Imagine-se agora que o credor constata antecipadamente o atraso do fornecedor, ou seja, que já vislumbra, antes do advento do termo, que ele não adimplirá no prazo ajustado, mas observe, também, que, no ritmo em que anda a sua própria produção, poderia receber utilmente o insumo com algum atraso e, ainda assim, inclui-lo no processo produtivo no momento exigido. Porém, desejando libertar-se daquela relação para celebrar novo contrato em condições mais atrativas, contrata novos funcionários e acelera sua produção para tornar o termo ajustado efetivamente essencial, e impedir a purga da mora. O credor, então, resolve a relação obrigacional de imediato, antes do termo ajustado, tendo em vista a configuração antecipada de inadimplemento absoluto, por inobservância, desde já divisada, do termo maliciosamente convertido em essencial.

Configura-se, no exemplo narrado, abuso do direito de resolver: embora a prestação tenha, de fato, se tornado inútil em razão da mora, a conferir ao credor, em tese, o direito potestativo de resolver a relação obrigacional, o exercício desse direito, nas circunstâncias descritas, contraria os ditames de lealdade, afinal de contas, foi por ato malicioso do credor que a prestação não pôde ser utilmente adimplida após a data combinada. Mas não é só. No exemplo narrado, viola-se também a função econômica da resolução, que não se presta a servir de subterfúgio para o

⁴⁰⁸ Confira-se, *in verbis*, a lição da autora: "*la condotta del creditore deve essere valutata alla luce della correttezza e che, in particolare, sarebbe contrario a buona fede 'non porre in essere comportamenti volti alla conservazione del vincolo, consentendo, con la propria inerzia o con condotte volontarie, l'innescarsi del meccanismo risolutorio, già reso più agevole per effetto della clausola'*" (MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.279). Em tradução livre: "a conduta do credor deve ser avaliada à luz da retidão e, em particular, seria contrário à boa-fé 'não adotar comportamentos que visem à conservação do vínculo, permitindo, com a própria inércia ou com conduta voluntária, a atuação do mecanismo resolutório, já facilitado por efeito da cláusula'".

⁴⁰⁹ O exemplo está formulado no item 2.1.2, *supra*, nos seguintes termos: "Pense-se em contrato de execução diferida (não continuada) celebrado para fornecimento de certo insumo a ser utilizado na fabricação do produto final do credor, circunstância conhecida do fornecedor. Desse contrato, consta cláusula resolutiva expressa segundo a qual a inobservância do prazo avençado para a entrega do insumo permite ao credor resolver de pleno direito a relação. De fato, se o credor não receber o insumo até a data ajustada, perderá sua produção, já que ele deve entrar na cadeia produtiva em momento exato."

credor se livrar de relação obrigacional que já não lhe apraz, para se vincular a outra que se lhe afigura mais favorável.

Afirma-se, comumente, que, configurado o adimplemento substancial, a resolução da relação obrigacional se revela abusiva.⁴¹⁰ O adimplemento substancial, conforme já se observou, resta configurado quando a desconformidade entre a conduta do devedor e a prestação devida é de pouca importância, incapaz, portanto, de comprometer a produção do resultado útil programado. Trata-se de execução da prestação tão próxima ao acordado, que não chega a abalar o sinalagma. Nessas condições, a resolução violaria a boa-fé objetiva, pois imporá ao devedor sacrifício desproporcional em comparação ao seu irrisório descumprimento contratual, a configurar abuso do direito.⁴¹¹

A solução parece se justificar se se admitir a resolução tanto em face de inadimplemento absoluto quanto de simples mora, como o faz, por exemplo, Eduardo Luiz Bussata. De acordo com o autor, o artigo 475 do Código Civil teria conferido ao credor a faculdade de resolver o vínculo mesmo em caso de mora, hipótese em que lhe é conferida a opção de manter o contrato, exigindo o cumprimento da prestação, ou resolver a relação obrigacional, sem prejuízo, em ambas as situações, das perdas e danos. Para Bussata,

⁴¹⁰ Nesse sentido, veja-se, por todos: BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, p.70, nov. 1993. Confira-se, na jurisprudência: "Em que pese o art. 475 do Código Civil permitir que a parte lesada pelo inadimplemento possa requerer a resolução do contrato, a doutrina contemporânea, acompanhada pela jurisprudência, entende que esse dispositivo deve ser controlado pela teoria do adimplemento substancial, que decorre dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. No caso, verifica-se que o devedor quitou 36 das 38 parcelas do contrato, o que corresponde a 94,45% de adimplemento. Assim, o direito da instituição financeira de extinguir o contrato por inadimplemento (cláusula resolutiva) foi exercido com violação ao limite interno e axiológico que lhe impõe a boa-fé objetiva. O abuso do direito de resolver o contrato por inadimplemento deve gerar o exercício de outra faculdade pela credora, que é cobrar o seu crédito por outra via" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0005614-03.2010.8.26.0562. Relator: Des. Adilson Araújo. Julgamento: 17/09/2013. Órgão Julgador: 31.^a Câmara de Direito Privado). Na mesma direção: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0036669-63.2013.8.19.0205. Relator: Des. Marcos Alcino Torres. Julgamento: 13/05/2015. Órgão Julgador: 27.^a Câmara Cível; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0007827-33.2007.8.26.0191. Relator: Des. Dimas Rubens Fonseca. Julgamento: 27/04/2010. Órgão Julgador: 27.^a Câmara de Direito Privado.

⁴¹¹ "Assim, a teoria do adimplemento substancial toma em consideração o desequilíbrio existente no exercício do direito à resolução em ocorrendo inadimplemento de escassa importância, de forma a considerá-lo abusivo, uma vez que contrário à boa-fé e à finalidade econômico-social do contrato, permitindo-se, então, ao juiz a ruptura ético-jurídica do direito legal, a fim de decidir a lide de acordo com os postulados da justiça e os anseios sociais" (BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.87).

[...] dessa faculdade, como não poderia deixar de ser, decorre a inexistência de prioridade ou hierarquia entre os caminhos abertos ao credor. Somente a sua conveniência, num primeiro momento, é que indicará o caminho a ser seguido. [...] Ante a faculdade acima delineada, avulta de importância a teoria do adimplemento substancial como limite ao direito formativo de resolver conferido ao credor, à medida que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta injustiça, especialmente naquelas situações em que a quase-totalidade do programa obrigacional foi cumprida pelo contratante ou, contrariamente, tendo a outra parte obtido a quase-totalidade do proveito que almejava ao contratar.⁴¹²

Nesse cenário, em que até diante da mora se admite a resolução, o adimplemento substancial exsurge como a tábua de salvação, a permitir o afastamento do direito de resolver quando o inadimplemento (absoluto ou relativo) for insignificante, por configurar abuso do direito. No entanto, como se demonstrou, a resolução exige específico suporte fático: o inadimplemento absoluto. Apenas em presença de inadimplemento absoluto, jamais de mora, faculta-se ao credor resolver a relação obrigacional. Não se faz necessário, em consequência, lançar mão do abuso do direito para vedar a resolução em caso de “mora de pouca importância”, porque a mora – qualquer mora – não autoriza a resolução, só a execução específica e eventual indenização por perdas e danos.

De outro lado, se somente o inadimplemento absoluto autoriza a resolução, e se o abuso do direito encerra exercício ilegítimo de direito efetivamente atribuído pela ordem jurídica a seu titular, quando se afirma que é abusivo o direito de resolver a relação obrigacional em presença de adimplemento substancial, passa-se inequivocamente a mensagem de que houve inadimplemento absoluto, nasceu o direito de resolver, mas seu titular o exerceu de forma ilegítima. Essa, tampouco, parece a melhor solução.

Configurado o adimplemento substancial, sequer chega a nascer para o credor o direito de resolver a relação. Veja-se bem. Consoante a contemporânea dogmática obrigacional, o conceito de inadimplemento é funcional: abandona-se o conceito estrutural, para o qual bastava o descumprimento da prestação principal, e passa-se a entender o inadimplemento absoluto como o comportamento do devedor que impossibilita a execução da prestação ou a torna inútil para o credor. E o conceito de utilidade não é subjetivo, mas objetivo, extraído da concreta disciplina contratual por

⁴¹² BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.89-91.

meio de parâmetros vários, dentre os quais se destacam o equilíbrio econômico do contrato e a boa-fé objetiva.

Ora, se o adimplemento substancial corresponde ao comportamento do devedor que desatende a prestação devida sem repercutir negativamente no interesse do credor em recebê-la, sem comprometer a consecução da função econômico-individual do contrato, há mora. A resolução é *ratio extrema*, facultada ao credor quando o inadimplemento é absoluto, ou seja, quando impede a realização da função concreta do negócio celebrado.

Em verdade, qualificar a resolução fundada em adimplemento substancial como abuso do direito revelou-se fundamental quando não se havia abandonado por completo a concepção estrutural do inadimplemento, pois fazia-se necessário, nesse cenário, recorrer à boa-fé objetiva como parâmetro do exercício da resolução para impedir o desfazimento do vínculo com base em inexecução incapaz de impedir a consecução do resultado útil programado.

Nos dias de hoje, a construção perde importância, uma vez que o conceito funcional de inadimplemento absoluto, largamente adotado, não prescinde da noção de boa-fé objetiva, que passa a ser parâmetro para a própria configuração da inutilidade da prestação. Tornou-se possível, conseqüentemente, *requalificar* o que outrora era um inadimplemento absoluto, para inadimplemento relativo, e obstar o próprio nascimento do direito de resolver por ausência de um de seus pressupostos fundamentais.

Dito de outra forma, o que se pretende registrar é isto: o critério que se utilizava para aferir a legitimidade do exercício da resolução, contemporaneamente serve à configuração do pressuposto resolutório. Barrar a resolução em presença de adimplemento substancial significa reconhecer que a boa-fé objetiva encerra parâmetro inafastável para a conformação do inadimplemento absoluto.

De todo modo, sustentar a abusividade do direito de resolver, em vez de requalificar o inadimplemento de absoluto para relativo, a despeito de tecnicamente menos apropriado, tem a vantagem de permitir que qualquer intérprete, independentemente dos conceitos de inadimplemento absoluto e mora acolhidos, ou dos suportes fáticos adotados para a resolução, rechace a extinção do vínculo em presença de resultado muito próximo ao desejado, incapaz de afastar o interesse do credor na prestação.

Cumprido, por fim, destacar que, exercido abusivamente o direito de resolver, reconhece-se ao devedor, além da possibilidade de pleitear indenização por eventuais perdas e danos, nos termos do artigo 927 do Código Civil, recorrer à tutela específica,⁴¹³ perseguindo a declaração de nulidade da resolução,⁴¹⁴ a fim de restabelecer o vínculo jurídico ilegitimamente rompido.

⁴¹³ Sobre a admissibilidade de tutela específica diante de ato abusivo, confira-se SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.50, p.79, abr./jun. 2012. No direito português, remete-se o leitor para CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2005. p.629.

⁴¹⁴ Admitindo a nulidade do ato abusivo, Paulo Lôbo: "Como o abuso do direito envolve limites, a nulidade do ato abusivo alcança o que ultrapassá-los. Contudo, o ato jurídico abusivo pode ser declarado nulo, quando seu objeto for inteiramente contaminado pelo abuso e não puder se aproveitado pela conversão ou pela conservação do negócio jurídico" (LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.343). No mesmo sentido, veja-se a lição de Orlando Gomes que, mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava: "Ao se deslocar o abuso do direito da órbita do ato ilícito, para a qual fora atraído por se ter admitido a paridade dos efeitos, outras sanções se previram. Até no campo dos direitos patrimoniais, aceita-se, hoje, a sanção *in natura*, mais apropriada, em certos casos, para o fim visado, do que a indenização. Se o proprietário levanta, por exemplo, falsa chaminé no seu terreno, simplesmente para prejudicar o vizinho, ou por mero capricho, a repressão ao abuso deve ser obrigá-lo a destruí-la, por mais própria e eficaz do que sua condenação ao pagamento de perdas e danos. Em outras situações, a pena será a própria nulidade do ato" (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.135).

3 EFEITOS DA RESOLUÇÃO FACULTADA PELA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA

Analizados a legitimidade da autonomia privada na confecção da cláusula resolutiva expressa e os pressupostos autorizadores da resolução, cumpre agora verificar os efeitos decorrentes da opção do credor de exercer o direito que lhe faculta a cláusula.

A rigor, o efeito primordial da execução da cláusula resolutiva expressa, e que lhe é peculiar, é a resolução extrajudicial da relação obrigacional. De todo modo, investigar-se-ão, também, os efeitos liberatório, restitutivo e ressarcitório da resolução, a fim de empreender análise mais abrangente das consequências decorrentes da cláusula resolutiva expressa, posto que não se tratem de efeitos exclusivamente seus, pois comuns à resolução implementada pela cláusula resolutiva tácita.

É ao que se passa a seguir.

3.1 Resolução extrajudicial da relação obrigacional

O efeito precípua da cláusula resolutiva expressa, que a torna infinitamente mais atrativa do que a cláusula resolutiva tácita, é a resolução *extrajudicial* da relação obrigacional.⁴¹⁵ Evidentemente, a cláusula resolutiva oferece outros benefícios às

⁴¹⁵ No direito português, Galvão Telles aponta as vantagens desse sistema: "seria injusto, em princípio, manter um dos pactuantes sujeito ao contrato depois de o outro o ter infringido, até o tribunal se pronunciar, o que pode ser demorado. E não ficam excluídas as vantagens da *fiscalização judicial*; se um dos contraentes se arroga o direito de resolver o contrato e com esse pretexto deixa de cumprir, mas não tem efetivamente aquele direito, o tribunal, a pedido da outra parte, declará-lo-á incurso em responsabilidade contratual" (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7.ed. rev. e atual., Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.461, grifos no original). Mosco se manifesta na mesma direção no direito italiano: " *Ma poiché l'esercizio di quest'azione richiede un tempo notevole, durante il quale il rapporto fra le parti litiganti rimane incerto, in quanto le sorti della controversia dipenderanno essenzialmente dal convincimento che il magistrato si formerà sulla gravità dell'inadempimento, e poiché questo stato di incertezza può portare notevole nocimento, specialmente contare in ogni momento sulla disponibilità di una merce o di un altro bene ch'era oggetto della prestazione pattuita, così la legge consente che, in certi casi e con certi particolari presupposti, le lungaggini del processo di risoluzione possano essere eliminate attraverso il conferimento alla parte insoddisfatta di un particolare potere privato di risoluzione, che dà luogo a quella che si suol chiamare 'la risoluzione di diritto'*" (MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice

partes, a exemplo da possibilidade de estabelecerem, *ex ante*, as obrigações que se lhes afiguram essenciais para a realização do escopo econômico perseguido, cuja inexecução configurará inadimplemento absoluto. No entanto, inegavelmente, a grande vantagem que a cláusula oferece aos contratantes – e que os leva a celebrá-la – é a possibilidade de resolver extrajudicialmente, sem delongas, sem surpresas, nos termos pactuados no contrato, a relação obrigacional.

A resolução extrajudicial vem, com efeito, ao encontro da necessidade, cada vez mais premente, de assegurar certeza e celeridade às relações contratuais. Como já se afirmou, a resolução extrajudicial constitui mecanismo legítimo de autotutela privada dos interesses do credor, que o livra de se submeter à inegavelmente morosa e custosa atuação judicial para obter uma resposta a respeito do rompimento do vínculo obrigacional. Cuida-se, portanto, de remédio que favorece o tráfico de bens e, consequentemente, a circulação de riquezas.

A cláusula resolutiva expressa permite, enfim, que o credor resolva, ele próprio, a relação obrigacional. Em sistemas em que a resolução se opera por mera declaração do credor, a secundarização do papel do juiz na apreciação da cláusula pode ser atenuada por iniciativa do devedor.⁴¹⁶ Se inevitável o litígio, a intervenção judicial será meramente fiscalizadora da legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração da cláusula resolutiva e do efetivo preenchimento dos pressupostos autorizadores da resolução.⁴¹⁷ De todo modo, a atuação judicial será a

Dott. Eugenio Jovene, 1950. p.145-146). Em tradução livre: "Mas como o exercício dessa ação requer um tempo considerável, durante o qual a relação entre as partes litigantes permanece incerta, já que o êxito da controvérsia depende essencialmente do convencimento do magistrado acerca da gravidade do inadimplemento, e levando em conta que esse estado de incerteza pode acarretar um dano expressivo – a parte deve, por exemplo, manter a disponibilidade da mercadoria ou de outro bem objeto da prestação pactuada –, a lei permite que, em certos casos e observados certos pressupostos específicos, as delongas do processo de resolução possam ser superadas por meio da atribuição à parte insatisfeita de um particular poder privado de resolução, que enseja aquela que costuma-se chamar de 'resolução de direito'".

⁴¹⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.113. Afirma Roberta Mongillo que, "*un conto è garantire al creditore la possibilità di rifiutare un adempimento che non possa più realizzare la funzione programmata, un conto è precludere all'altro contraente la possibilità di un sindacato giudiziale circa la sussistenza dei presupposti di tale rifiuto*" (MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.109). Em tradução livre: "uma coisa é garantir ao credor a possibilidade de recusar um adimplemento que não possa mais realizar a função programada, outra coisa é precluir ao outro contratante a possibilidade de uma análise judicial acerca da subsistência dos pressupostos de tal recusa."

⁴¹⁷ Sobre a atuação judicial na apreciação de cláusula resolutiva expressa, confira-se o item 3.3.

*posteriori*⁴¹⁸ e, verificada a regularidade do exercício da autonomia privada e a presença dos pressupostos resolutivos, a sentença será meramente declaratória, a reconhecer, então, a resolução *ope voluntatis*.⁴¹⁹

Os Tribunais, atentos à melhor técnica, têm cuidado, em boa parte, de prestigiar a autonomia privada dos contratantes, reconhecendo que, presente cláusula resolutiva expressa, a resolução se processa extrajudicialmente. Assim decide, reiteradamente, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, sempre que lhe é submetida a análise de resolução de "Termo de Ocupação com Opção de Compra" celebrado pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB/SP, criada em 1965 com a finalidade de favorecer o acesso à habitação digna à população de menor renda. Cuida-se de contrato que confere ao interessado a posse do imóvel por determinado tempo, mediante o cumprimento das obrigações dele constantes – dentre as quais, a de não transferir o bem a terceiros e a de pagar certas prestações. Ao final do lapso temporal indicado, o interessado pode exercer sua opção de compra, celebrando um segundo contrato – compromisso de compra e venda –, que lhe confere o direito real a que se refere o artigo 1.417 do Código Civil.

Quando o interessado, no entanto, se torna inadimplente durante a vigência do termo de ocupação, a COHAB/SP exerce o direito que lhe confere a cláusula resolutiva expressa, e resolve a relação obrigacional de pleno direito. Nesses casos, a Corte reconhece a eficácia resolutiva extrajudicial da cláusula, nos termos consignados pelo Ministro Relator Castro Filho em seu voto, ao apreciar o Recurso Especial 184.399/SP:

Entendo que o termo de ocupação não configurava, ainda, compromisso de compra e venda, que só posteriormente viria a ser firmado. Nem mesmo se fixara ainda o preço. O direito à compra só surgiria com o exato cumprimento do acordado. Em tais condições, também tenho por lícita e eficaz a cláusula resolutiva expressa. *Realizado o pressuposto fático do inadimplemento do pactuado, ter-se-ia o contrato por rescindido.* A sentença não constituiria tal situação, mas, tão-somente, a declararia. Daí a possibilidade de se pleitear a reintegração de posse, independentemente de pleito de rescisão contratual.⁴²⁰

⁴¹⁸ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.325.

⁴¹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.494.

⁴²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 184.399/SP*. Relator: Min. Castro Filho. Julgamento: 25/06/2002. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJ 16/09/2002, grifou-se. Sobre o mesmo

Os Tribunais de Justiça dos Estados seguem na mesma direção. Reconheceram, por exemplo, a resolução extrajudicial promovida pela cláusula resolutiva expressa: o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao deliberar sobre contrato de empreitada para a reforma de piscina em condomínio edilício;⁴²¹ o Tribunal de Justiça de São Paulo, apreciando contrato de locação de bem móvel;⁴²² o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, analisando contrato de concessão de direito real de uso;⁴²³ e o Tribunal de Justiça do Paraná, examinando contrato de compra e venda de empresa alimentícia de pepinos em conserva.⁴²⁴

Encontram-se, porém, decisões que desconsideram a peculiar disciplina da cláusula resolutiva expressa e exigem a prévia manifestação judicial para que se opere a resolução.⁴²⁵ Trata-se, em sua maioria,⁴²⁶ de ações cujo objeto é a

tema e em igual sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 94.628/SP*. Relator: Castro Filho. Julgamento: 04/11/2004. Órgão Julgador: 2.^a Turma. Publicação: DJ 07/03/2005.

⁴²¹ "Direito civil. Apelação cível. Pretensão de resolução contratual e obtenção de perdas e danos. Contrato de empreitada. Objeto: prazo para reforma de piscina, com impermeabilização, demolição e embelezamentos. Lapso da avença estabelecido tendo em vista a distância segura da chegada do verão. Descumprimento do prazo contratual pela apelante. Mora que torna a prestação inútil. Ausência de prova do impedimento ao recinto das obras pela parte ré. Provas e indícios desfavoráveis à apelante. Ao contrário, livro diário do condomínio e ata notarial de verificação demonstram a mora injustificada da ré. Ainda que houvesse prova da interrupção do contrato pelo autor, este teria agido de acordo com cláusula resolutiva expressa" (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 0071083-54.2012.8.19.0001*. Relator: Des. Gabriel Zefiro. Julgamento: 16/09/2014. Órgão Julgador: 13.^a Câmara Cível).

⁴²² "De um lado, na espécie, a certeza da obrigação decorre do fato de o contrato de locação de bem móvel trazer previsão de cláusula resolutiva expressa (cláusula 12.^a, parágrafo 1.^o - fls. 148). Ora, notificada para efetuar o pagamento em 7 dias (fls. 226/228), a apelada não adimpliu sua obrigação, sendo a resolução do contrato mera consequência da incidência da aludida cláusula resolutiva, sem a necessidade de intervenção judicial. Vale dizer, a resolução opera de pleno direito" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC 0021370-86.2009.8.26.0562*. Relator: Des. Gilson Delgado Miranda. Julgamento: 24/02/2015. Órgão Julgador: 28.^a Câmara de Direito Privado).

⁴²³ "Havendo condição resolutiva expressa no contrato de concessão de direito real de uso, em caso de inadimplência do particular, a rescisão do acordo opera-se de pleno direito. A concedente faz jus à percepção do débito referente às taxas de ocupação somente pelo tempo de vigência do contrato, até a data da rescisão de pleno direito, ocorrida três (03) meses após a inadimplência do particular" (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *AC 20110111863536*. Relator: Des. Arnaldo Caminho de Assis. Julgamento: 30/01/2013. Órgão Julgador: 4.^a Turma Cível).

⁴²⁴ "Ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização por perdas e danos. Compra e venda de empresa alimentícia. Inadimplemento do réu/comprador. Existência de cláusula resolutiva expressa. Contrato resolvido de pleno direito (artigo 474, Código Civil). Perda do sinal do negócio a título de multa contratual. Retomada e venda, pelos autores/vendedores, de parte do maquinário da empresa negociada" (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *AC 1.187.541-1*. Relator: Des. Fábio Haick Dalla Vecchia. Julgamento: 22/07/2014. Órgão Julgador: 7.^a Câmara Cível).

⁴²⁵ A respeito dessa postura do Judiciário, pontua Raquel Salles: "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

reintegração de posse do bem objeto de promessas de compra e venda de imóveis.⁴²⁷

Ao que parece, com as devidas vênias, há um erro de perspectiva nesses julgados. Embora se reconheça que semelhantes contratações envolvam, muitas vezes, especial interesse – aquisição da casa própria –, revestindo-se de relevância social justificadora da intervenção protetiva do Estado, é preciso atentar para o fato de que a própria lei já flexibilizou o rigor da disciplina do Código Civil ao exigir a notificação do devedor para constituição em mora, pelo que referidas decisões excedem a proteção que a lei conferiu ao contratante. Como se observou, o Decreto-Lei n.º 745/69 e a Lei n.º 6.766/79 exigem notificação, judicial ou por meio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, para a constituição em mora do promitente comprador, mesmo que do contrato conste cláusula resolutiva expressa,⁴²⁸ sem afastar, todavia, a resolução extrajudicial. A única peculiaridade

eficiente mecanismo de defesa de interesses mercedores de tutela, especialmente naquelas relações contratuais que demandam celeridade na solução dos respectivos conflitos" (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p.187).

⁴²⁶ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, corroborou a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau acerca de cláusula resolutiva expressa inserida em contrato paritário de compra e venda de trator: "Da mesma forma, e como corolário lógico da argumentação até então expendida, tenho que a previsão de cláusula resolutiva expressa não autoriza o vendedor ao desforço imediato com vistas à recuperação do bem que estava em posse do comprador, *mas lhe abre a via da rescisão judicial do contrato*, inclusive para dedução de eventuais prejuízos de ordem material" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AI 70020880464*. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgamento: 27/09/2007. Órgão Julgador: 10.^a Câmara Cível, grifou-se).

⁴²⁷ "Direito civil e processual civil. Compromisso de compra e venda. Ação de 'rescisão' contratual cumulada com reintegração na posse. Liminar. Descabimento. Cláusula resolutória expressa. Irrelevância. Caso concreto. Necessidade de declaração judicial. Precedente. Recurso desacolhido. 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" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 204.246/MG*. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 24.2.2003). Confira-se, ainda: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 620.787/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 28/04/2009. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJe 27/04/2009; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AI 1.0024.11.026503-0/001*. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes. Órgão Julgador: 15.^a Câmara Cível. Julgamento: 19/05/2011; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *AI 1.0702.11.025067-8/001*. Relator: Des. José Antônio Braga. Julgamento: 07/06/2011. Órgão Julgador: 9.^a Câmara Cível.

⁴²⁸ Decreto-lei n.º 745/69, art. 1.º "Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro, de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em

que as referidas leis impõem é a necessidade de notificação do promitente comprador, nada mais; após a notificação, tudo deve se passar consoante a especial disciplina da cláusula resolutiva expressa.

Paradigmática representante dessa linha decisória – que afirma a imprescindibilidade de manifestação judicial para a resolução do contrato e consequente reintegração de posse – é a decisão proferida pela 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 1.342.754, relatada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em. 23.10.2012, cujas particularidades fáticas passa-se a expor a fim de que melhor se compreenda a questão.⁴²⁹

Fundação Getúlio Vargas (FGV) celebrou contrato de promessa de compra e venda, por meio de escritura pública, de terreno na Praia do Botafogo, no Rio de Janeiro, em 08 de fevereiro de 2000, com a empresa Wrobel Construtora S. A., para a construção de prédio de 19 andares, projetado pelo arquiteto Oscar Niemeyer, no âmbito do qual haveria um centro cultural, uma cobertura e dois subsolos de garagem. Ajustou-se o preço de R\$ 9.300.000,00. Estabeleceu-se, ainda, que a FGV faria jus a seis andares do prédio e 268 vagas de garagem, além do centro cultural, enquanto as demais vagas de garagem e os andares restantes tocariam à empresa recorrente. A empresa Wrobel ficou responsável pela demolição das construções existentes no terreno e pela execução da obra nos termos do projeto aprovado pela Prefeitura do Rio de Janeiro.

Em 06 de setembro de 2001, celebraram-se escrituras públicas de ratificação do contrato concluído em fevereiro de 2000, bem como de cessão de direitos pela qual a Wrobel transferiu à ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A os direitos e as obrigações assumidos anteriormente.

ABCDW deu início às obras, que, no entanto, por força de liminar concedida em ação civil pública em 24 de março de 2002, foram suspensas. Interrompeu-se a execução do contrato até 10 de dezembro de 2008, quando transitou em julgado a

mora do promissário comprador depende de interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 (quinze) dias de antecedência".

Lei n.º 6.766/79, art. 32, § 1.º: "Para 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".

⁴²⁹ A decisão foi objeto de comentários mais detidos em: TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.3, jul./set. 2013.

sentença proferida no âmbito da referida demanda. A despeito do término da ação civil pública, ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A permaneceu inerte por cerca de 1 ano, sob alegação de que havia algumas pendências não solucionadas pela FGV que impediam a execução da obra, tais como existência de irregularidades do imóvel junto à SPU, ausência de garantias relativas ao pagamento do IPTU atrasado, dentre outras. A FGV foi devidamente notificada sobre tais pendências em 10 de agosto de 2009.

Em 30 de setembro de 2009, a construtora ajuizou demanda em face da FGV, com vistas a que fossem sanadas as alegadas irregularidades relativas ao terreno. Subsidiariamente, pleiteou a resolução do contrato com a condenação da ré ao pagamento de perdas e danos.

A FGV, por sua vez, após notificar a empresa construtora para dar início às obras, sem sucesso, ajuizou, em 12 de novembro de 2009, ação de reintegração de posse do imóvel com pedido de concessão liminar, sob a alegação de que, por força do inadimplemento da referida empresa e da previsão contratual de cláusula resolutiva expressa, o contrato teria sido resolvido em 11 de novembro de 2009, termo final do prazo fixado na notificação extrajudicial para a emenda da mora. Alegou, também, que recebera correspondência na qual ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A confessava sua incapacidade financeira para o cumprimento das obrigações assumidas, e solicitava a anuência da Fundação para transferência de seu controle acionário a terceiros, dilação do prazo para construção da obra pactuada, supressão da cláusula de multa e de obrigatoriedade de contratação dos seguros, bem como substituição da empresa responsável pela construção do empreendimento.

O juízo de primeiro grau acabou por deferir a liminar de reintegração de posse postulada em 18 de dezembro de 2009. Nessa ocasião, o juízo de 1.º grau concluiu que a FGV adimpliu todas as suas prestações, e afastou a exceção de contrato não cumprido alegada por ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A, cujo inadimplemento, este sim, restou configurado.⁴³⁰ O Tribunal de Justiça do Rio de

Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁴³⁰ De acordo com a decisão agravada, "inexiste qualquer obrigação pendente de adimplemento por parte da fundação ré e, tanto isto é fato, que o próprio subscritor da decisão que ora se reexamina, não impõe à ré qualquer obrigação de fazer, preferindo determinar, de ofício, as providências reclamadas pela empresa autora. Em assim sendo, não há como prosperar, *data maxima permissa venia*, a alegada exceção do contrato não cumprido, por não configurada a apontada inadimplência da

Janeiro, por maioria, confirmou a decisão de primeiro grau sob vários argumentos, dentre os quais: a) a Fundação adimpliu todas as suas prestações; b) é possível a resolução extrajudicial do contrato, sem intervenção judicial, por força da cláusula resolutiva expressa e da prévia notificação; c) configurado o esbulho, a partir da resolução do contrato, a FGV deve ser reintegrada imediatamente na posse do imóvel, a teor do que dispõe os artigos 926 e 928 do CPC (AI n.º 0000337-38.2010.8.19.0000).

Inconformada, a ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A interpôs recurso especial sob as seguintes alegações: a) afigura-se imprescindível a prévia manifestação judicial para a resolução do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que existente cláusula resolutiva expressa; b) é inviável a antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda.

A 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Afirmou o Ministro a imprescindibilidade da prévia manifestação judicial – que não houve no caso em tela – para que se opere a resolução de promessa de compra e venda, a despeito da presença de cláusula resolutiva expressa, sem o que não há que se falar em reintegração liminar da posse. A decisão em comento, como se percebe, tem o agravante de exigir a manifestação judicial para que se processe a resolução em promessa de compra e venda celebrada entre partes paritárias.

Afirmou o Ministro Relator em seu voto que "os precedentes desta Corte, transcritos na decisão da minha relatoria, proferida no agravo em recurso especial aludida no relatório, orientam-se no sentido da necessidade de prévia resolução do contrato de promessa de compra e venda, mediante o qual a posse do imóvel foi transferida à outra parte".

fundação ré, o que torna injustificada a inadimplência da empresa autora. Com efeito, não se pode olvidar que a empresa autora não honrou com as obrigações por si contraídas no negócio jurídico objeto do litígio, posto que sequer iniciou as obras, sendo relevante acrescentar que, em verdade e a rigor, inclusive já exteriorizou suas dificuldades em cumprir o contrato, como nos revela o documento de fls.1061, o que reforça a conclusão quanto à configuração de sua inadimplência, a autorizar a concessão da liminar postulada na ação possessória, pois constituída em mora pela notificação extrajudicial levada a efeito, não adotou a autora nenhuma providência no que se refere ao imediato início das obras ou à espontânea devolução do imóvel."

Ora, o contrato já foi resolvido extrajudicialmente, com o transcurso do prazo, *in albis*, constante da notificação feita pela FGV à ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A. Isso porque a empresa construtora incorreu em inadimplemento absoluto anterior ao termo, uma vez que, um ano após o fim da ação civil pública, sequer iniciou as obras, mantendo-se inerte após a notificação da FGV, além de ter expressamente declarado suas dificuldades em cumprir o contrato, conforme comprovado por documentos anexados aos autos, de acordo com a decisão de 1.º grau que acolheu pedido de reconsideração formulado pela FGV. Diante de tais circunstâncias, não se pode exigir do credor que se mantenha passivo e aguarde o transcurso do prazo ajustado para que, quando do advento do termo, execute a cláusula resolutiva expressa.

Por certo, se a empresa construtora discorda dos termos da cláusula ou se entende ausentes os pressupostos necessários à sua aplicação, é ela quem deve ajuizar demanda suscitando referidas questões, e submeter, aí sim, ao Judiciário, a análise, *a posteriori*, da cláusula e daqueles pressupostos exigidos para a resolução extrajudicial. O ajuizamento de demanda pela Fundação se faz necessário unicamente para a reintegração de posse, nada mais.

É preciso frisar que a exigência do ajuizamento da ação de reintegração de posse no âmbito de promessas de compra e venda não torna necessário que o credor também recorra ao Judiciário para obter a resolução do contrato, tanto mais no âmbito de relações paritárias: resolve-se o contrato extrajudicialmente e ajuíza-se a ação para a reintegração. Conquanto, não raro, se faça necessário recorrer ao Judiciário para que se produzam os efeitos materiais da resolução, isso não significa que a própria resolução tenha que se processar judicialmente. Cuida-se de problemas distintos, a serem resolvidos em esferas distintas.

Não se está a sustentar a impossibilidade de atuação do Judiciário em resolução de compromisso de compra e venda do qual conste cláusula resolutiva expressa. Aliás, não é essa a consequência da pactuação da referida cláusula em nenhuma circunstância. Propugna-se, tão somente, a aplicação da disciplina pertinente, de sorte a considerar resolvido o contrato após transcorrido, *in albis*, o prazo para a purga da mora. Se, no entanto, o promitente comprador não concordar com a resolução

extrajudicial, caberá a ele o ajuizamento de ação a fim de submeter ao Judiciário o acerto da controvérsia, e não ao promitente comprador.⁴³¹

A despeito dos já citados precedentes do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a COHAB, algumas decisões mais recentes afirmam que o processamento judicial da resolução de promessas de compra e venda é imposição da boa-fé objetiva, como se a resolução extrajudicial, por si só, violasse os padrões de lealdade, probidade e eticidade impostos aos contratantes. Foi o que decidiu a 4ª Turma, ao apreciar a resolução de compromisso de compra e venda nos autos do Recurso Especial 620.787/SP:

É imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos.⁴³²

A assertiva não pode, contudo, ser feita em abstrato. Na realidade, parece haver uma inversão de perspectiva: se as partes, livre e conscientemente, inserem no contrato cláusula resolutiva expressa e estabelecem, no exercício legítimo da autonomia privada, quais inexecuções configuram, no âmbito do concreto programa contratual, inadimplemento absoluto, e se o credor, diante de referida inexecução, exerce o direito de resolver também de forma legítima, não há que se cogitar de violação dos deveres impostos pela boa-fé objetiva. Em verdade, quem viola a boa-fé objetiva, a lealdade que deve pautar as relações contratuais, é o devedor, ao tentar se esquivar do cumprimento de cláusula contratual legitimamente pactuada, mas que contraria seus interesses pessoais. Nesse caso, o Judiciário deve ser deferente às escolhas feitas pelas partes, reconhecendo a validade e eficácia da resolução extrajudicial.

⁴³¹ "O pacto resolutório expresso, segundo indicam o próprio nome e a leitura do art. 474, prescindiria de *intervenção judicial* para resolver o contrato, já que 'está no conhecimento do interessado'. O resultado prático dessa leitura é a *inversão da iniciativa judicial*: o devedor, discordando, é que deveria ter o *ônus* de demonstrar em juízo que não se verificaram os pressupostos para o exercício do direito de resolução" (GARCIA, Rebeca dos Santos. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, p.83, out./dez. 2013).

⁴³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 620.787/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 28/04/2009. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: REPDJe 15/06/2009.

Não se afasta, naturalmente, a possibilidade de verificação, *in concreto*, de descumprimento de deveres laterais. Essa aferição, porém, deve ser feita caso a caso, considerando-se as peculiaridades da situação concreta.⁴³³

Em boa hora, ante a resistência à efetividade da cláusula resolutiva expressa, sobretudo quando aposta em promessas de compra e venda, editou-se a Lei n.º 13.097, de 19 de janeiro de 2015, cujo artigo 62 altera o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 745/69, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação.
Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora.

A lei, a toda evidência, pretendeu corrigir o desvio de percurso da jurisprudência, reafirmando a produção do efeito perseguido pelas partes com a inserção de cláusula resolutiva expressa no contrato, mesmo em promessa de compra e venda: a resolução extrajudicial da relação obrigacional. Resta, agora, aguardar que os aplicadores do direito acolham a disposição legal, e passem, efetivamente, a aplicar a disciplina resolutiva em sua inteireza, prestigiando a autonomia privada sempre que legitimamente exercida.

De qualquer forma, este é apenas um pequeno passo em direção ao desejado e necessário acolhimento pleno dos efeitos da cláusula resolutiva expressa. Assiste-se à mesma resistência à resolução extrajudicial no âmbito de outras relações contratuais. Em todas essas situações, é sempre preciso verificar se há norma que, de fato, excepcione a resolução extrajudicial. Se não há qualquer exceção legal, deve-se afastar, peremptoriamente, a exigência de prévia apreciação

⁴³³ Em verdade, a afirmação, em abstrato, de que a resolução extrajudicial viola a boa-fé objetiva, além de revelar a dificuldade do intérprete de lidar com cláusulas gerais, fruto da cultura jurídica brasileira, tradicionalmente conceitualista, acaba por contribuir para a perigosa banalização da boa-fé objetiva, a gerar o "grave risco de um ocaso do conceito por sua inutilidade, uma vez que servindo de justificativa para decisões em todos os sentidos, a boa-fé acaba por não ser determinante a qualquer fundamentação, e sua invocação perde sentido" (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.119-120).

judicial para que se opere a resolução, sob pena de restar gravemente violada a autonomia privada e de tornar letra morta a cláusula resolutiva expressa.

3.1.1 Efeitos da resolução

A resolução extingue a relação obrigacional, e não o contrato. Tanto isso é verdade que, havendo cláusula compromissória, a resolução da relação obrigacional não extingue a previsão, que poderá ser invocada para que se submeta à arbitragem, por exemplo, a fixação do valor devido a título de perdas e danos pelo inadimplente.

Larenz reputa mais apropriado afirmar que a resolução não extingue a relação obrigacional, mas, sim, as obrigações prestacionais propriamente ditas.⁴³⁴ De acordo com o autor, eventuais deveres de sigilo ou de não concorrência não se extinguem com a resolução, mantendo-se durante a relação de liquidação que a partir de então se inaugura.

Seja como for, é no âmbito da relação de liquidação que se produzem os efeitos liberatório, restitutivo e ressarcitório da resolução. Relação obrigacional e relação de liquidação se projetam como fases de uma relação mais ampla, a relação contratual, que se mantém até o exaurimento de todos os efeitos advindos da extinção do vínculo.⁴³⁵ A resolução, com efeito, encerra um momento do processo do contrato, e introduz nova fase da relação contratual. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução encerra, ela mesma, um processo, que começa a se

⁴³⁴ Afirma o autor, *in verbis*: "Son anulados y considerados en verdad como si no hubiesen existido (es decir, 'retroactivamente') únicamente las obligaciones contractuales propiamente dichas en que se establece la prestación. Al contrario, los deberes de diligencia, así como los de indemnización de daños originados a causa de su infracción, subsisten posteriormente. Por lo demás, la relación obligatoria anulada, incluso respecto a las obligaciones de prestación – pero sólo respecto a éstas –, continúa en la denominada relación de liquidación, la cual en cierto modo representa su reversión" (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p.394, grifos no original).

⁴³⁵ No direito espanhol, María Luisa Palazón Garrido afirma que "*la resolución no entraña la extinción ex tunc del contrato, sino su 'transformación' en una relación de liquidación, produciéndose una retroactividad limitada a ciertos aspectos*" (GARRIDO, María Luisa Palazón. El remedio resolutorio en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones en España: un estudio desde el derecho privado europeo. In: DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez (Dir.); GARRIGO, María Luisa Palazón; SERRANO, María Del Mar Méndez (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p.443).

formar com o inadimplemento da obrigação – ou a verificação do risco indicado na cláusula resolutiva – e se completa com o exaurimento de seus efeitos.⁴³⁶

A resolução ostenta, dessa forma, eficácia liberatória das obrigações não executadas, dispensando as partes de prestá-las; eficácia recuperatória, a permitir que os contratantes recuperem tudo o que eventualmente houverem prestado; e eficácia ressarcitória, conferindo ao credor a possibilidade de pleitear as perdas e danos cabíveis. Há, a um só tempo, a extinção das obrigações prestacionais e o nascimento de outras obrigações – de restituir e de ressarcir –, sem prejuízo da incidência de deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, imperativos durante todo o desenvolvimento da relação contratual e, não raro, inclusive após a sua extinção.⁴³⁷

Na realidade, a coincidência entre o efeito extintivo das obrigações preexistentes e o efeito constitutivo de novas obrigações é somente factual, e não conatural à estrutura do instituto da resolução. Significa, em suma, que os três efeitos não estão necessariamente presentes em todas as situações, e podem por vezes faltar. Se nenhuma prestação do contrato foi adimplida, não há que se falar, por exemplo, em efeito restitutório. Os efeitos liberatório, restitutório e ressarcitório não constituem, como aponta Rossetti, uma "*tríade indefettibile*", e podem estar presentes, ou não, com diversas combinações entre si.⁴³⁸

3.1.1.1 Efeito liberatório

O exercício do direito formativo de resolução libera as partes da prestação que lhes cabia executar. Posto isso, manifestada a vontade de resolver o contrato, pode o credor considerar-se, de plano, desvinculado da relação obrigacional.⁴³⁹ Sob tal perspectiva, a resolução assume inquestionável caráter preventivo, a afastar o risco

⁴³⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.47.

⁴³⁷ Grasso, considerando que na resolução o credor opta por despir-se de seu direito de crédito para se liberar da prestação que lhe era imposta ("*perdita del diritto di credito operata per conseguire l'acquisto della liberazione poi*"; em tradução livre: "perda do direito de crédito operada para obter a liberação posterior"), identifica no instituto uma função dispositivo-novativa (GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*. Napoli: Jovene Editore, 1973. p.45-49).

⁴³⁸ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.227.

de o credor perder sua própria prestação se tivesse que adimpli-la. Não se olvide que o efeito liberatório se produz em relação a ambos os contratantes, dispensando também o devedor de cumprir a prestação inadimplida.

O termo *a quo* do efeito liberatório é o instante em que se dá a resolução da relação obrigacional. A partir desse momento, devem as partes suspender as prestações que lhe incumbiam, sem prejuízo do pagamento das prestações até então devidas, se se tratar de relação continuada.⁴⁴⁰

O efeito liberatório tem o condão de liberar as partes da observância de todos os deveres prestacionais devidos à contraparte, mas não as exime de observar, durante a fase de liquidação, deveres de conduta expressamente previstos no contrato, a exemplo do dever de não concorrência ou de sigilo – que, muitas vezes, se protraem no tempo, estendendo-se para além da extinção do contrato –, bem como deveres impostos heteronomamente pela boa-fé objetiva. Daí porque Brandão Proença se utiliza da expressão "relação de liquidação complexa", a remeter à necessidade de observância de "certos deveres laterais e de certos créditos indenizatórios que sobrevivem à 'morte' da relação-mãe".⁴⁴¹ Menezes Cordeiro faz a mesma ressalva, destacando que o efeito liberatório só desobriga das prestações principais, mas não dos deveres acessórios que ao caso caibam.⁴⁴²

Há grande discussão, no direito italiano, a respeito da liberação das garantias prestadas pelo devedor por força da resolução. Marco Rossetti advoga em favor da extinção de todas as garantias, sejam reais ou fidejussórias. De acordo com o autor, configurado o inadimplemento, abrem-se três possibilidades para o credor, excludentes entre si: pleitear a resolução do contrato; pleitear o cumprimento do contrato; ou excutir a garantia. Se o credor pleiteia a resolução, extingue-se tanto a

⁴³⁹ BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.325.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, confira-se decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: "Não são devidas taxas de ocupação em período posterior à resolução do contrato de concessão de direito real de uso, que se operou de pleno direito, após o inadimplemento de três prestações consecutivas, nos termos da cláusula resolutiva expressa (CC 474). Deu-se parcial provimento ao apelo da ré, para afastar a condenação ao pagamento de taxas de ocupação após resolução do contrato e condená-la ao pagamento das taxas de ocupação referentes aos meses de dezembro/2002, janeiro/2003 e fevereiro/2003" (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. AC 20070111004252. Relator: Des. Sérgio Rocha. Julgamento: 25/04/2012. Órgão Julgador: 2.ª Turma Cível).

⁴⁴¹ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.165-166.

⁴⁴² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. t. 4. p.139.

obrigação contratual quanto a respectiva garantia, a menos que o devedor tenha garantido, além do adimplemento da obrigação, todos os débitos decorrentes do contrato, inclusive aqueles ressarcitórios e restitutórios.⁴⁴³

Vincenzo Roppo, por outro lado, entende ser mais coerente com o regime dos remédios a sobrevivência das garantias à resolução. Segundo o autor, a permanência da garantia salvaguarda o poder de escolha do credor entre a resolução e a demanda de cumprimento: perdesse o credor a garantia com a resolução, sua liberdade de optar entre uma e outra solução seria gravemente tolhida, pois haveria preferência inequívoca em favor da demanda de cumprimento.⁴⁴⁴

No direito brasileiro, a doutrina não se ocupa especificamente do tema. O Código Civil estabelece, nos artigos 1.436, I e 1.499, I, que o penhor e a hipoteca se extinguem, extinguindo-se a obrigação. Ao explicar os dispositivos, a doutrina se resume a afirmar que, uma vez satisfeita integralmente a obrigação principal, ocorrerá a extinção da garantia, segundo a regra *accessorium sequitur principale*. Extinta a obrigação principal por outras causas, como compensação, considera-se igualmente extinto o direito real de garantia. No entanto, extinto o débito sem satisfação do credor, a garantia real poderá subsistir por meio de nova declaração de vontade, ou seja, via novação.⁴⁴⁵

Parece ser mais consentâneo com a função das garantias a sua conservação em caso de resolução, hipótese em que não há mera extinção do débito, mas sua substituição por outra obrigação, a de restituir. Ora, se a garantia é prestada para assegurar ao credor sua satisfação, mantendo-se hígida quando a prestação *in natura* se torna impossível por culpa do devedor e se converte em equivalente pecuniário, por maior razão deve permanecer inabalada se o credor exerce o direito que lhe é assegurado e opta, em vez da execução pelo equivalente, pela resolução, situação em que a garantia o resguardará da recusa do devedor de restituir o que já houver recebido em execução do contrato, bem como de indenizá-lo pelos prejuízos em que incorreu.

Se o débito se extingue sem pagamento e em seu lugar surge para o credor outra obrigação, restitutória e (ou) indenizatória, não há que se falar, em definitivo,

⁴⁴³ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.228-230.

⁴⁴⁴ ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.371.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.4. p. 305.

em extinção da garantia, que se mantém válida e eficaz até que o credor receba tudo o que lhe é devido por força do contrato. A rigor, com a resolução, além da extinção da relação obrigacional, ocorre a sua substituição pela relação de liquidação, no âmbito da qual o credor deverá, em vez de receber a prestação, receber tudo o que houver prestado e mais a indenização cabível. A hipoteca, o penhor e mesmo a fiança são acessórios do *contrato principal*, e não apenas da obrigação de prestar prevista nesse contrato. Esta é, precisamente, a lição de Pontes de Miranda:

A ação de resolução e a ação de resilição são *ações constitutivas negativas*, e não *declarativas*. Mas resolveu-se o contrato, isto é, resolveram-se as dívidas, o que somente concerne à eficácia. Vai-se ao *status quo ante*. Ou a lei ou a vontade fez nascer a pretensão à restituição. Estende-se para trás a pretensão [...]. A referência a volver-se é assaz significativa. A fiança e as outras garantias subsistem [...].⁴⁴⁶

Entretanto, tendo em vista as divergências que a questão suscita, devem as partes, ao celebrar a garantia, especificar expressamente sua extensão, esclarecendo se está restrita ao cumprimento da prestação contratualmente devida, ou se abarca as obrigações decorrentes da resolução da relação obrigacional, notadamente, a de restituir e a de indenizar. Nesse caso, vale o ajustado entre as partes.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p.336. Na mesma direção, confira-se o que afirma Araken de Assis: "Controverte-se a natureza dessa relação jurídica posterior à resolução. Para alguns, trata-se de uma nova relação jurídica, destinada a produzir as restituições e a debelar o enriquecimento indevido [...]. Para outros, há uma transformação da relação jurídica primitiva [...], porque subsistem alguns deveres do negócio jurídico (por exemplo, o de diligência), as *garantias outorgadas (por exemplo, a fiança)*, e aparece o dever de indenizar vícios da coisa prestada por algum dos figurantes" (ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.636, grifou-se).

⁴⁴⁷ O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a manutenção da garantia hipotecária após a denúncia de contrato de franquia, nos termos previstos no contrato. Posto que não se cuide exatamente da hipótese defendida nesta tese, o julgado bem demonstra a possibilidade de sobrevivência da garantia à extinção da relação obrigacional (no caso dos autos, extinção do próprio contrato), por força de previsão contratual. Lê-se no voto do Relator Desembargador Irineu Fava: "O documento de fls. 49/50 realmente comprova a notificação efetuada pelos apelantes, a fim de denunciar o contrato de franquia estabelecido entre as partes. Contudo, consta na escritura de hipoteca para garantia de transações comerciais (fls. 18/20), cláusula 4a, letra "b", que a hipoteca sobre o imóvel poderá ser executada a qualquer momento, visando garantir à credora o pagamento de quaisquer débitos em atraso, por falta de cumprimento pela devedora. A garantia da hipoteca prevalece até a resolução final do contrato. No caso, diante de eventuais pendências referente ao contrato de franquia, presume-se pela não quitação da obrigação, o que impossibilita a extinção da garantia da hipoteca". (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 9165998-62.2003.8.26.0000. Relator: Des. Irineu Fava. Julgamento: 21/10/2009. Órgão Julgador: 13.^a Câmara de Direito Privado).

3.1.1.2 Efeito restitutório

Resolvida a relação obrigacional, surge entre as partes uma relação de liquidação, pela qual cada uma recuperará aquilo que prestou. Isso ocorre porque a resolução elimina a causa justificadora das prestações contratuais, e obriga os contratantes a restituir o que receberam em execução do contrato.⁴⁴⁸

A resolução encerra instituto do chamado direito restitutório, que abarca, ainda, figuras como o pagamento indevido,⁴⁴⁹ o enriquecimento sem causa⁴⁵⁰ e a gestão de negócios. Para Michelin Jr, o fundamento do direito restitutório seria o princípio da conservação estática dos patrimônios, segundo o qual "o valor dos bens e direitos atribuídos a alguém e dos bens e direitos gerados a partir desses bens e direitos já atribuídos deve permanecer, em princípio, no patrimônio desse alguém".⁴⁵¹ O objetivo de todos os remédios restitutórios é restabelecer o equilíbrio perdido, resultado de uma perturbação anormal,⁴⁵² daí se afirmar usualmente que o que se busca, em todos os casos, é conduzir os sujeitos ao *status quo ante*.⁴⁵³

Há, contudo, alguma divergência em torno da questão. Assevera-se que a afirmação segundo a qual o escopo do direito restitutório é repristinar o *status quo ante* lastreia-se em inadmissível confusão entre restituição e ressarcimento. A repristinação de situação patrimonial perdida não seria efeito da restituição, mas, sim, do ressarcimento. A restituição, que na resolução se fundamenta na perda superveniente de causa das atribuições patrimoniais conferidas a credor e devedor,

⁴⁴⁸ TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010. p.72.

⁴⁴⁹ Pontes de Miranda adverte que não se confunde o efeito restitutório da resolução com o que se repete em virtude de pagamento indevido, com base no art. 876, do Código Civil (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38. p.333).

⁴⁵⁰ Como se verá adiante, a pretensão de enriquecimento sem causa demanda o preenchimento de requisitos próprios, inconfundíveis com aqueles exigidos para a resolução e, conseqüentemente, para a produção de seu efeito restitutório. Larenz ressalta, também no direito alemão, a autonomia do efeito restitutório decorrente da resolução em relação ao enriquecimento sem causa: "*en caso de que una parte haya realizado ya su prestación, p. ej, que haya pagado el precio de la venta, la intención de las partes se dirigirá a la restitución de las prestaciones. No se originan en estos supuestos pretensiones de enriquecimiento, sino que corresponde a la voluntad de las partes admitir, por regla general, una relación contractual de restitución [...]*" (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p.443).

⁴⁵¹ MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.29.

⁴⁵² NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.230.

⁴⁵³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.418.

imporia somente a devolução de tudo aquilo que as partes receberam com base no contrato.⁴⁵⁴

Parece, no entanto, haver certo exagero na crítica. É verdade que o efeito restitutório promove unicamente a devolução, de parte a parte, do que se recebeu por força dos deveres prestacionais, o que não conduz, de modo cabal, ao *status quo ante*. Mas levada ao "pé da letra" a questão, o efeito ressarcitório, sozinho, tampouco permite o retorno à situação econômico-jurídica anterior, porque se restringe à indenização pelas perdas e danos imputáveis ao devedor. Restituição e ressarcimento atuam sobre o patrimônio por mecanismos diversos, desempenhando funções diferentes. E é justamente por isso que, em verdade, o retorno ao *status quo ante* só ocorre, de fato, com a produção conjunta dos efeitos restitutório e ressarcitório. Como observa Paulo Mota Pinto, o efeito ressarcitório desempenha função complementar da restituição, "com retorno do lesado ao *status quo ante* [...] que completa a 'liquidação' da relação".⁴⁵⁵

É preciso desapegar-se de rigorismos e entender a afirmação de que o efeito restitutório conduz às partes ao *status quo ante* nos seus devidos termos: há o retorno à situação anterior exclusivamente em relação ao que se prestou, afinal de contas, é disso que se trata quando se analisa o efeito restitutório. Da mesma forma, quando se afirma que o efeito ressarcitório conduz ao *status quo ante*, quer-se significar que se promove o retorno das partes ao que havia antes de se verificar a situação danosa à vítima, recompondo o patrimônio lesado. Posto isso, não há qualquer impropriedade na afirmação: o efeito restitutório visa, por certo, promover o retorno ao estado anterior à celebração do contrato.

Retome-se, então, a decisão já referida, proferida pela 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça a respeito da controvérsia estabelecida no âmbito da promessa de compra e venda celebrada entre Fundação Getúlio Vargas e ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A. Por reputar necessária a intervenção judicial para a aplicação da cláusula resolutiva expressa – o que não ocorreu –, entendeu o Superior Tribunal de Justiça não ter havido resolução do contrato de promessa de compra e venda, e tampouco o esbulho por parte da empresa construtora, razão pela qual não se justificaria a reintegração de posse requerida pela FGV. Todavia, tendo

⁴⁵⁴ ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.235-236.

em vista o adiantado das obras realizadas de boa-fé no terreno, já que levadas a cabo com base na reintegração liminar deferida pelo juízo de 1.º grau, a 3.ª Turma manteve a Fundação na posse do imóvel sob o argumento de que teria havido aquisição da propriedade do solo por acessão invertida, nos termos do parágrafo único do artigo 1.255 do Código Civil.⁴⁵⁶

Conquanto a manutenção da FGV na posse do terreno esteja correta, seu fundamento está equivocado. A Fundação deveria, de fato, permanecer na posse do imóvel, mas sob o fundamento reconhecido pelo juízo de 1.º grau após a reconsideração: o retorno ao *status quo ante* decorrente da resolução extrajudicial da relação obrigacional. Sendo a resolução o desfazimento do vínculo por inadimplemento absoluto, ínsita a necessidade de cada uma das partes restituir o que recebeu até então.

O efeito restitutório há de ser admitido mesmo que a resolução resulte de impossibilidade superveniente inimputável, mas decorrente da concretização de risco assumido pelo credor e previsto como suporte fático da cláusula resolutiva expressa. Nesse caso, o devedor se comprometeu a prestar independentemente da superveniência de específico fortuito, a retirar a impossibilidade sem culpa do campo da teoria legal do risco, que passa a configurar verdadeiro inadimplemento absoluto da prestação.⁴⁵⁷

No que tange às regras que pautam a volta à situação anterior à celebração do contrato promovida pela resolução, a ausência de teoria geral aplicável a todos os institutos do direito restitutório pode gerar algum embaraço na identificação daquela disciplina, que se agrava pelo fato de a heterogeneidade das *fattispecie* impedir a aplicação do regime jurídico de uma à outra.⁴⁵⁸ Impõe-se, então, partir da função da resolução para delinear as regras próprias do seu efeito restitutório.

⁴⁵⁵ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.2. p.1001.

⁴⁵⁶ "Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo".

⁴⁵⁷ Lembra Serpa Lopes que, no âmbito da teoria do risco, a resolução ocorre de pleno direito, e seus efeitos são *ex nunc*: "[...] se o término do contrato decorre de distrato ou da teoria dos riscos, os seus efeitos são *ex nunc*, isto é, *ad futurum*, jamais atingindo o pretérito" (SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961. v.3. p.203).

⁴⁵⁸ Cláudio Michelin Jr entende que os art. 884 a 886, relativos ao enriquecimento sem causa, exercem o papel de cláusulas gerais do direito restitutório. De acordo com o autor, como cláusula geral, a disciplina tem duas funções: "(a) irradia efeitos sobre os demais institutos jurídicos, completando

Inicialmente, cumpre delimitar a amplitude do efeito restitutório no âmbito de contratos de duração. A execução de um tal contrato pressupõe, necessariamente, certo arco temporal, pois o interesse de uma ou ambas as partes não pode ser satisfeito com a realização de ato pontual, mas requer que a prestação seja continuada ou periódica. O sinalagma se articula em uma sequência de prestações correspectivas cuja execução é distribuída ao longo do tempo com base no interesse dos contratantes. Dessa forma, se por determinado período o contrato é executado regularmente, o inadimplemento superveniente não altera o sinalagma relativo às prestações pregressas. No período em que o contrato é executado, o interesse das partes resulta plenamente satisfeito, e o inadimplemento posterior não compromete o equilíbrio entre as prestações já adimplidas, razão pela qual a resolução não afeta os efeitos produzidos.⁴⁵⁹ É o que ocorre, por exemplo, no inadimplemento de arrendamento mercantil, no âmbito do qual há o gozo mensal do bem e o correspondente pagamento das prestações: o inadimplemento superveniente do arrendatário não o exime de pagar as parcelas vencidas até a reintegração da posse, que remuneram a fruição do bem, e tampouco a resolução lhe confere o direito à restituição das parcelas pagas:

Dispondo o art. 474, primeira parte, do Código Civil que "A cláusula resolutiva expressa" (presente no negócio jurídico inadimplido pelo réu-reconvinte) "opera de pleno direito", a inadimplência de um dos contraentes resolve o contrato [...]. Todavia, dada a impossibilidade de o arrendatário exercer a opção de compra em contratos de arrendamento mercantil rescindidos por força de inadimplência, são devidas por aquele as prestações vencidas até o momento em que a arrendadora recupera a posse da coisa arrendada,

algumas lacunas em sua regulamentação específica e orientando a sua interpretação; e (b) serve como fonte residual de obrigações no direito brasileiro" (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.180).

⁴⁵⁹ ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.373. Mosco justifica a irretroatividade dos efeitos da resolução nos contratos de duração a partir da autonomia entre as prestações: "L'autonomia va intesa invece nel senso che da tali contratti scaturiscono delle coppie di prestazioni e di attribuzioni che in quanto sono in rapporto di corrispettività possono economicamente e giuridicamente separarsi dalle prestazioni precedenti o successive, senza pregiudizio per le finalità del contratto. Ciò si esprime anche affermando che le singole prestazioni sono reciprocamente in rapporto di causalità, cioè costituiscono ciascuna il corrispettivo dell'altra" (MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950. p.281). Em tradução livre: "A autonomia deve ser entendida no sentido de que nascem destes contratos duplas de prestações e atribuições que, por serem correspectivas, podem econômica e juridicamente desprender-se das prestações antecedentes ou sucessivas, sem comprometer as finalidades do contrato. À mesma constatação se chega observando que as prestações singulares estão reciprocamente em relação de causalidade, isto é, constituem cada uma o correspetivo da outra".

dado que, a uma, fica o primeiro impossibilitado de usufruí-la, e, a duas, porque se evita o enriquecimento sem causa da segunda.⁴⁶⁰

A regra se aplica, contudo, somente aos contratos em que as prestações de ambos os contratantes sejam de execução continuada ou periódica; basta que uma das duas prestações seja de execução instantânea para que a resolução produza efeitos retroativos, sob pena de configurar-se situação de manifesto desequilíbrio entre as partes. Se, no momento da resolução, a prestação instantânea já tivesse sido executada, seu credor ficaria em situação de vantagem, pois a conservaria consigo mesmo tendo cumprido parcialmente a prestação periódica ou continuada que lhe incumbia. Diversamente, caso referida prestação instantânea ainda não houvesse sido executada quando da resolução, aquele a quem incumbia restaria favorecido, uma vez que não estaria obrigado a restituir a prestação periódica até então executada em seu favor, a despeito de nada ter contraprestado.⁴⁶¹

A irretroatividade dos efeitos da resolução do contrato de duração deve ser bem entendida: mantêm-se os efeitos do contrato produzidos antes do inadimplemento. Significa, portanto, que se alguma prestação for executada após a configuração do inadimplemento absoluto, a resolução exigirá sua restituição, operando retroativamente até aquele momento. A rigor, mesmo a prestação adimplida antecipadamente, mas que constitua o correspondente da prestação inadimplida, deve ser restituída. Por exemplo: se o locatário pagar antecipadamente seis meses de aluguel, e dois meses depois descobrir grave dano estrutural no imóvel, a colocar em risco sua integridade física, poderá resolver a relação locatícia e pleitear a restituição do aluguel correspondente aos quatro meses em que não usou o imóvel.⁴⁶²

Sempre que se imponha a restituição, deve ser feita *in natura*. Se a coisa for genérica, não há dificuldade: restitui-se coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Tratando-se de coisa certa em poder do devedor, restitui-se a própria *res*. Se se cuidar de obrigação de pagar dinheiro, deve-se restituir o valor atualizado monetariamente.

⁴⁶⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ap. Civ. 0001421-77.2009.8.19.0075*. Relator: Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva. Julgamento: 20/08/2014. Órgão Julgador: 3.^a Câmara Cível.

⁴⁶¹ ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.373-374.

Observe-se que a imposição, aos contratantes, da devolução de tudo o que houverem percebido decorre da extinção do vínculo obrigacional. Nessa senda, se do contrato decorreu transferência de propriedade, o retorno do bem ao patrimônio do vendedor resulta do direito pessoal à restituição do domínio, imposta pela própria resolução, e jamais de um suposto "efeito real *inter partes*".⁴⁶³

Não sendo possível a restituição *in natura*, converte-se a prestação no seu equivalente pecuniário.⁴⁶⁴ É o que se passa se a prestação consistiu em serviços: o devedor deverá restituir o equivalente em dinheiro da prestação efetivamente executada, e não da que era devida, se houver desconformidade.

Igual solução há de se aplicar se a restituição *in natura* se impossibilitar, como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao examinar a resolução de contrato de cessão de ponto comercial, no âmbito do qual o cedente também cedeu sua posição de locatário relativa ao imóvel em que se formou o ponto comercial; em contrapartida, o cessionário se obrigou ao pagamento de certa quantia ao cedente, e assumiu os aluguéis perante o locador. O cessionário, entretanto, não pagou integralmente os valores que se obrigou a entregar ao cedente, além de inadimplir os aluguéis, o que conduziu à retomada do imóvel pelo locador e, conseqüentemente, à perda do próprio ponto comercial. Presente a cláusula

⁴⁶² ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.375.

⁴⁶³ É comum, contudo, encontrar referência, na doutrina nacional e estrangeira, a esse "efeito real entre as partes": "Se, em razão do contrato, houve algum efeito real, com a transferência da propriedade, a resolução também tem este efeito real 'inter partes', e não meramente efeito obrigatório, retornando o bem à propriedade do vendedor" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.257). No direito italiano, Marco Rossetti vai na mesma direção: "*La retroattività della risoluzione è dunque sui generis: rispetto alle parti ha efficacia reale, in quanto ciascuna di esse ritorna ad essere proprietaria dei beni eventualmente ceduti in esecuzione del contratto poi dichiarato risolto [...]*" (ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.232). Em tradução livre: "A retroatividade da resolução, portanto, é *sui generis*: em relação aos contratantes ostenta eficácia real, pois cada uma das partes volta a ser proprietária dos bens eventualmente cedidos em execução do contrato declarado resolvido [...]"

⁴⁶⁴ Sobre a restituição do equivalente, afirma Brandão Proença: "Apesar de a obrigação de restituição do valor, em consequência de resolução, não estar sujeita aos princípios do enriquecimento sem causa, cremos poder falar aqui também de 'dívidas de valor', cujo respectivo cálculo deverá ser feito no momento em que a contraparte (depois de lhe haver sido declarada a resolução) declara a sua impossibilidade de restituir o recebido ou na data da propositura da acção de resolução. Esta posição não desvirtua (pelo menos numa visão global do facto resolutivo) a exigência de uma certa paridade na 'liquidação', na medida em que a atribuição ao titular do direito de um quantitativo monetário que lhe permita (desde que se trate de uma coisa fungível) adquirir o mesmo objeto (e que, v. g., a contraparte alienou onerosamente a um terceiro devidamente protegido) tem a sua 'justificação' no sentido reintegrador da resolução" (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.170).

resolutiva expressa, resolveu-se a relação obrigacional. Dada a impossibilidade de devolução do ponto comercial ao cedente, decidiu o Tribunal:

Com a resolução do negócio de alienação de ponto comercial entre as partes, exsurge a necessidade de recolocação das partes ao estado anterior. Isto é, com o contrato, o autor entregou um ponto comercial que formou no local, à ré. Esta, por sua vez, pagou apenas parte do valor referente ao ponto. Com a extinção do negócio, o autor e a ré precisam retornar ao *status quo ante*. Mas note-se que à ré, se tornou impossível devolver o ponto comercial, porque tal ponto foi perdido por exclusiva culpa sua, que não pagou os aluguéis que a ela incumbia. Sendo impossível devolver o próprio ponto, cabe a ela indenizar o autor no valor devido a este. Logo, não há outra forma de solucionar a questão, recolocando tanto autor como ré no estado anterior, a não ser condenando a ré a pagar o saldo previsto contratualmente, como valor do ponto comercial a ela cedido.⁴⁶⁵

Note-se que a conversão no equivalente pecuniário independe de a restituição *in natura* ter se impossibilitado com ou sem culpa daquele a quem incumbe restituir. Não se aplicam, à hipótese, os artigos 238 e 239 do Código Civil, relativos à perda da coisa objeto da obrigação de restituir, dado que de dívida de restituição não se trata, e sim de restituição imposta pela desconstituição da obrigação contratada; as partes não prestam ou contraprestam em virtude da resolução, mas devolvem o recebido, pela pós-eliminação dos efeitos da obrigação. Aplica-se, por conseguinte, a regra *res perit domino*: o devedor já se tornara dono da coisa recebida, e por sua conta correm os riscos, inclusive os riscos da perda, tenha ele agido com culpa ou não.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70051430692. Relator: Des. Elaine Maria Canto da Fonseca. Julgamento: 29/08/2013. Órgão Julgador: 18.^a Câmara Cível.

⁴⁶⁶ Afirma Pontes de Miranda, referindo-se aos dispositivos relativos ao Código Civil de 1916: "Os arts. 869-870 somente concernem às dívidas de restituição, e não às restituições em virtude de desconstituição pela resolução, ou pela resilição, ou pela rescisão, ou pela anulação. No distrato, que contrato é, em sentido contrário (*contrarius consensus*), há dívida de restituição, o que implica invocabilidade dos arts. 869 e 871. Na resolução, ou na resilição, o dono com o risco, e o que tem de restituir dono era, e deixou de ser em virtude da decisão resolutiva. O figurante que algo recebeu tem de restituir em natura, ou o equivalente. Não se apura se houve culpa, ou se não houve, após o recebimento. Não se trata de prestar, ou de contraprestar, mas sim de se devolver o recebido, pela pós-eliminação de efeitos. Não se assumiu dívida de restituição; restitui-se em consequência da resolução, ou da resilição" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p.316). Note-se que embora o autor tenha feito referida manifestação no tocante à restituição imposta pela resolução legal, afirmou, páginas adiante, que o mesmo vale para a restituição decorrente da resolução convencional (p.318). Na mesma direção: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.417.

De mais a mais, conforme já se apontou, não se afasta do credor o direito de resolver caso a restituição da prestação que recebera tenha se tornado impossível: o problema se insere no âmbito dos efeitos da restituição, e não dos pressupostos da resolução.⁴⁶⁷ Basta pensar, por exemplo, no contratante que adquiriu, mediante pagamento à vista, certo insumo para a fabricação de produto final, a ser fornecido em duas etapas: metade em um mês e o restante no mês seguinte. Ao receber a primeira parte do insumo, o credor logo inicia a produção, de modo a atender pontualmente a encomenda de seu cliente. No entanto, o devedor não entrega a parte final ajustada, incorrendo em inadimplemento absoluto, visto que o credor não pode receber utilmente a prestação em atraso. Parece não haver dúvidas de que, nesse caso, o credor poderá resolver a relação obrigacional, a despeito de não poder restituir *in natura* a parte do insumo já incorporada à sua produção. O credor, confiando no adimplemento do devedor, deu à coisa a destinação que lhe era devida.

Nada obstante, se o credor, por culpa sua, impossibilita a restituição após a configuração do inadimplemento do devedor, quando, portanto, já sabe que, optando pela resolução, terá de restituir a prestação, deverá não só restituir o equivalente pecuniário, mas também eventuais perdas e danos sofridos pelo devedor. De todo modo, não se afasta, nem nesse caso, o direito de resolver.

Importa verificar se, além do objeto prestado, a resolução exige a devolução dos frutos porventura produzidos ao longo do desenvolvimento da relação obrigacional. O legislador não disciplinou a questão, e, como se apontou alhures, não se afigura possível pegar de empréstimo o regime estabelecido para o pagamento indevido ou para a obrigação de restituir, cujos artigos 878 e 242, parágrafo único, mandam aplicar à espécie o disposto sobre o possuidor de boa-fé e de má-fé.⁴⁶⁸ Mas não há, aí, qualquer dificuldade.

⁴⁶⁷ Apesar de Ruy Rosado de Aguiar Júnior reconhecer que a restituição (ou possibilidade de restituir) não seja propriamente pressuposto do direito de resolver, faz duas ressalvas: "a) não pode pedir a resolução o credor que, ciente do descumprimento do devedor, aliena o bem ou de algum modo se coloca em situação que inviabiliza a devolução da prestação recebida; b) tratando-se de resolução negocial, com cláusula resolutiva expressa, cabe ao credor conduzir-se de modo a permitir a restituição, no caso de vir a fazer uso do permissivo contratual; se, no curso da execução do contrato, atua de modo a impedir a restituição, não pode invocar a cláusula que ele mesmo afrontou. Nesses casos, a decisão ou impediu o nascimento do direito formativo ou extinguiu-o [...]" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.690).

⁴⁶⁸ No direito italiano, esta também é a opinião de Vincenzo Roppo (ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.384-386).

A devolução dos frutos se impõe pelo efeito restitutivo da resolução,⁴⁶⁹ lastreada, por sua vez, na superveniente ausência de causa justificadora das atribuições patrimoniais.⁴⁷⁰ Mais uma vez, de acordo com a teoria da atribuição do conteúdo da destinação jurídica dos bens, tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence ao seu respectivo titular. Logo, tudo o que a prestação houver proporcionado à parte desde o momento em que a recebeu, deve também ser restituído ao outro contratante. E essa obrigação se atribui tanto ao inadimplente quanto ao credor não inadimplente, uma vez que, repita-se, ela decorre da resolução, e não do inadimplemento.

Por essa razão, os frutos percebidos desde o pagamento devem ser devolvidos, e os percipiendos indenizados, por ambas as partes, juntamente com o objeto da prestação,⁴⁷¹ sem que se cogite, repita-se, da boa ou da má-fé dos contratantes,⁴⁷² descontados os custos de produção.⁴⁷³ Assim, o promissário comprador que aluga o imóvel a terceiro deve, além de devolver o bem ao vendedor, repassar-lhe todos os aluguéis percebidos durante o período. Não sendo possível a restituição dos frutos *in natura*, restitui-se o equivalente, como se passa com o próprio objeto da prestação. Se não houve efetiva percepção de frutos, não há o que restituir.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.256.

⁴⁷⁰ Essa também é a orientação majoritária da doutrina italiana. Confira-se, por todos, ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.241 et seq.

⁴⁷¹ No direito português, Brandão Proença sustenta que os frutos a serem restituídos são apenas aqueles percebidos ou percipiendos após a declaração de resolução (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.173).

⁴⁷² De acordo com Pontes de Miranda, "a resolução tudo resolveu, no tocante à dívida e ao seu adimplemento", pelo que ela "tem de apanhar os frutos do que foi recebido, sem se ter de descer à apreciação do que subjetivamente ocorreu com o possuidor, ou proprietário e possuidor, ou só proprietário do que fora recebido" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p.383-384). Araken de Assis, a seu turno, sustenta que "em relação aos frutos, os arts. 1.214 e 1.216 asseguram ao contratante possuidor o direito de percebê-los, enquanto durar sua boa-fé, que cessará no momento do descumprimento" (ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.644).

⁴⁷³ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao tratar do efeito restitutivo, afirma: "Os frutos recebidos devem ser devolvidos *in natura* ou pelo equivalente, por ambos os contratantes, descontados os custos de sua produção e obtenção" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.693).

⁴⁷⁴ Embora se entenda que, tecnicamente, a devolução dos frutos decorra do efeito restitutivo, reconhece-se que, de regra, a jurisprudência trata do tema no âmbito do efeito ressarcitório. A rigor, como já apontado, ambos os efeitos são complementares. No entanto, a vantagem de qualificar referida devolução como efeito restitutivo reside na dispensa da análise da imputação, uma vez que tal efeito se aplica a ambos os contratantes, a despeito de quem tenha dado causa à

O efeito restitutivo decorrente da resolução permite ao credor reaver o que prestou com base no contrato, vale dizer, aquilo que efetivamente devia por força do negócio. Se a prestação executada não era devida ou se, embora devida, foi prestada em excesso, a resolução da obrigação não promoverá sua restituição. Nesse caso, o credor deverá exercer sua pretensão por meio de outro instituto do direito restitutivo: a *actio in rem verso*,⁴⁷⁵ que permite ao credor recuperar aquilo que transferiu ao devedor sem título jurídico que o justifique.

Apesar de resolução e ação de enriquecimento sem causa promoverem a restituição ao patrimônio do credor da atribuição patrimonial que, pela ordenação substancial dos bens aprovada pelo Direito, deve pertencer a seu titular, este último instituto caracteriza-se pela subsidiariedade, e incide apenas nas situações nas quais não há, no ordenamento jurídico, qualquer outra pretensão que permita ao titular obter resultado igual ou mais favorável do que aquele que alcançará por meio da pretensão de enriquecimento sem causa, como se passa, precisamente, na situação descrita.⁴⁷⁶

É também o enriquecimento sem causa, agora sob o viés do lucro da intervenção, que será capaz de retirar do patrimônio do devedor o lucro auferido com o inadimplemento, e não o efeito restitutivo (nem mesmo o ressarcitório, quando o lucro for superior ao dano). O enriquecimento por intervenção consiste no incremento patrimonial obtido por aquele que, sem autorização, interfere em

resolução. Por outro lado, o efeito ressarcitório depende da aferição da imputabilidade, de modo que, por essa lógica, o credor não inadimplente não estaria obrigado a indenizar o devedor pelos frutos produzidos pela prestação que lhe foi entregue.

⁴⁷⁵ É o que sublinha Pontes de Miranda: "*ex hypothesi*, houve resolução, que é desconstituição, *ex tunc*, de eficácia; mas algum dos figurantes havia recebido o que lhe era devido e algo que não lhe era devido e fora pago a mais. O outro ou os outros figurantes têm a ação de restituição do que foi prestado, *como todo*; e, a respeito do excesso (= a parte que não era devida), a ação de enriquecimento injustificado" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p.306, grifos no original).

⁴⁷⁶ Marcelo Trindade atenta que "com a regra da subsidiariedade visa-se à preservação da disciplina específica de um grande número de situações para as quais a lei adotará soluções múltiplas, estabelecendo requisitos para o cabimento da ação, exceções a seu cabimento ou limitações quantitativas da restituição, com isto impedindo ou limitando a reversão do enriquecimento". Alerta ainda o autor que as disciplinas específicas de cada situação tornar-se-iam "letra morta se fosse admitida a utilização da *actio in rem verso* nas hipóteses em que incidissem tais requisitos, exceções a seu cabimento ou limitações, impedindo ou restringindo a reversão do enriquecimento". (TRINDADE, Marcelo. *Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.5, p.235-261, n.18, abr./jun. 2004).

situação jurídica subjetiva alheia,⁴⁷⁷ e pode resultar tanto de efetivo aumento do ativo quanto de diminuição do passivo ou poupança de certa despesa.⁴⁷⁸ É o que ocorre quando o contratante utiliza comercialmente a imagem de modelo fotográfico além dos limites autorizados em contrato, auferindo vultosos benefícios econômicos. A rigor, em tal hipótese, o locupletamento não decorre do simples inadimplemento, mas do fato de o inadimplemento ser o meio pelo qual se viola o direito da personalidade. Em situações como essa, com efeito, é a intervenção em direito da personalidade alheio, via inadimplemento contratual, que gera o enriquecimento do inadimplente. De todo modo, o contratante deverá ser condenado a restituir os lucros obtidos com o inadimplemento, na justa medida em que esses lucros foram gerados pela utilização indevida da imagem.⁴⁷⁹

Em outras situações, contudo, o enriquecimento por intervenção parece não ser capaz de remover o lucro percebido pelo contratante, simplesmente porque não estão presentes os requisitos para sua aplicação. Pense-se no devedor que inadimpliu o contrato originário para celebrar com terceiro outro contrato, de conteúdo idêntico ao primeiro e mais vantajoso economicamente. Ou então, no mutuário que contraiu empréstimo em dinheiro para aplicar o valor em investimento financeiro e, no termo ajustado para a devolução da quantia, não o fez, pois o investimento lhe garantia maior retorno financeiro do que os juros de mora devidos ao seu credor pelo atraso no adimplemento.

Em ambas as hipóteses, não se pode falar propriamente em enriquecimento sem causa, pois presente o título jurídico legítimo justificador do incremento patrimonial: o segundo contrato. Conquanto seja possível afirmar que o contratante inadimplente só pôde celebrar referidos contratos porque descumpriu aqueles originalmente pactuados, não se cogita de lucro ilícito se o contratante cumprir a lei e as disposições dos contratos violados relativas às penalidades impostas ao inadimplemento, razão pela qual há dúvidas se esse proveito econômico deve ser, de

⁴⁷⁷ SAVI, Sérgio. *Reponsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da Intervenção*. São Paulo: Atlas, 2011. p.7.

⁴⁷⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.258.

⁴⁷⁹ Não é, porém, como, de regra, decidem os tribunais brasileiros. Nesses casos, há a tendência de condenar o contratante a pagar, a título de lucros cessantes, o valor que o titular da imagem receberia caso tivesse havido a regular cessão do direito, procedendo a uma espécie de “expropriação de direitos”. Nesse sentido, confira-se: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2009.001.08023. Relator: Des. Custódio Tostes. Julgamento: 18/03/2009. Órgão Julgador: 17.^a Câmara Cível.

fato, removido do patrimônio do inadimplente. A aplicação da teoria do enriquecimento sem causa nessas circunstâncias dependerá, em suma, da flexibilização dos seus requisitos, afastando-se o título jurídico que deu causa ao enriquecimento ao argumento da ilegitimidade de sua origem.⁴⁸⁰

Por outro lado, a restituição não visa promover o locupletamento do credor, mas colocá-lo no estado em que se encontrava antes da celebração do contrato. Por essa razão, eventuais benfeitorias realizadas na coisa pelo devedor deverão ser ressarcidas, sendo de nenhum efeito, por exemplo, disposição contratual em sentido contrário inserida em promessa de compra e venda de imóveis loteados, por expressa disposição legal.⁴⁸¹ Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a possibilidade de o juiz impor, de ofício, no âmbito de ação voltada à resolução de promessa de compra e venda de terreno, a indenização das benfeitorias implementadas pela promitente compradora:

Na presente demanda, buscava a empresa autora, como promitente vendedora, a resolução do contrato de promessa de compra e venda do terreno com a retomada do bem e pagamento de indenização pelos danos sofridos em razão do inadimplemento do contrato. Ora, é decorrência lógica da resolução do contrato, como bem destacou a sentença, o retorno das partes ao *status quo ante*. Ou seja, à autora assegura-se o direito de reaver o bem, sendo indenizada pelos eventuais prejuízos sofridos com o inadimplemento contratual. Contudo, não pode a mesma receber o terreno, acrescido de uma casa construída de boa-fé pelos réus (conforme destacado pelo acórdão recorrido), sem que lhes seja restituído o valor correspondente. [...] Não pode o credor, sob o pretexto de retomar bem que esteja na posse do devedor, locupletar-se com o acréscimo patrimonial do bem decorrente de benfeitorias feitas na coisa pelo devedor.⁴⁸²

O efeito restitutivo não encerra efeito essencial da resolução, mas natural,⁴⁸³ pelo que podem os contratantes discipliná-lo de sorte a melhor atender a seus

⁴⁸⁰ Sobre os mecanismos presentes no direito brasileiro capazes de retirar o lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor, seja consentido remeter a TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Disgorgement of profits in Brazilian law*. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Org.). *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*. London: Springer, 2015. p.445-458.

⁴⁸¹ Lei n.º 6.766/1979, art. 34. "Em qualquer caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, as benfeitorias necessárias ou úteis por ele levadas a efeito no imóvel deverão ser indenizadas, sendo de nenhum efeito qualquer disposição contratual em contrário". Parágrafo único. "Não serão indenizadas as benfeitorias feitas em desconformidade com o contrato ou com a lei".

⁴⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp* 764.529/RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 26/10/2010. Órgão Julgador: 3.ª Turma.

⁴⁸³ Precisamente por ser efeito natural, a jurisprudência já se firmou no sentido de ser dispensável que a parte pleiteie expressamente a devolução do que prestou, quando a questão for submetida

interesses, impondo-o, por exemplo, em contratos de duração, em situações como as formuladas por Brandão Proença, em que se ajusta contratualmente a devolução de barris de cerveja inviolados em fornecimento periódico, ou se acorda a restituição de equipamento ou outro material em contrato de franquia.⁴⁸⁴ Admite-se, ainda, que as partes limitem o efeito restitutivo, ou afastem sua incidência, desde que não importe em desequilíbrio econômico do contrato ou prejuízo a terceiros.⁴⁸⁵

Tratando-se de contrato sinalagmático, as restituições devem ser simultâneas – salvo ajuste diverso entre os contratantes – razão pela qual se estende à relação de liquidação a exceção de contrato não cumprido.^{486,487} Oferece-se, dessa forma, às

ao Judiciário: "Decretada a resolução do contrato de promessa de compra e venda, deve o juiz, ainda que não tenha sido expressamente provocado pela parte interessada, determinar a restituição, pelo promitente vendedor, das parcelas do preço pagas pelos promitentes compradores. Concretização da eficácia restitutória da resolução, aplicável em benefício das duas partes do contrato, como consequência natural da desconstituição do vínculo contratual. Inocorrência de decisão 'extra petita'. Reafirmação da jurisprudência da Terceira e da Quarta Turma deste STJ acerca do tema" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.286.144/MG*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 07/03/2013. Órgão Julgador: 3.^a Turma).

⁴⁸⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão. A cláusula resolutiva expressa como síntese da autonomia e da heteronomia: considerações a partir da análise de uma decisão judicial. In: GONÇALVES, Luís Couto et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012. p.12.

⁴⁸⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.418. Quanto ao direito português, José Carlos Brandão Proença admite a mesma possibilidade desde que fora do âmbito de relações de consumo (PROENÇA, op. cit., p.12).

⁴⁸⁶ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p.694. O mesmo defende, no direito italiano, Roppo (ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.394). No direito português, Pedro Romano Martinez entende aplicável o art. 290.^o ("As obrigações recíprocas de restituição que incumbem às partes por força da nulidade ou anulação do negócio devem ser cumpridas simultaneamente, sendo extensivas ao caso, na parte aplicável, as normas relativas à exceção de não cumprimento do contrato."), por força do art. 433.^o ("Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, com ressalva do disposto nos artigos seguintes."). De acordo com o autor, "de facto, as mencionadas obrigações não são totalmente independentes entre si, na medida que advêm de uma fonte comum" (MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2006. p.193). Diversamente, Brandão Proença sustenta que não se pode estender a exceção do contrato não cumprido à fase de liquidação: "Num sistema misto como o nosso, parece-me algo criticável a aplicação (por força do art. 290.^o, *in fine*) das normas da exceção de não cumprimento às obrigações de restituição 'nascidas' da 'declaração' resolutiva, pois possuem uma individualidade própria em virtude da ausência de um nexos sintagmático" (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.176).

⁴⁸⁷ Em Recurso Repetitivo, assentou o Superior Tribunal de Justiça que "em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.300.418/SC*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 13/11/2013. Órgão

partes instrumento ágil e econômico para afastar o risco de que o desequilíbrio causado pelo inadimplemento e remediado pela resolução volte a se repetir nesta fase restitutória: a parte relutante será induzida a restituir a prestação recebida para que possa recuperar a que executou. A aplicação da exceção do contrato não cumprido na fase de liquidação se mostra particularmente relevante no âmbito de resoluções decorrentes de cláusula resolutiva expressa, pois reforça o exercício da autotutela pelo credor.

3.1.1.2.1 Efeitos restitutório em relação a terceiros

Os atos de autonomia privada encontram em sua própria essência e justificativa os confins nos quais se contêm: a regulação dos interesses das partes. Por essa razão, deve haver plena identidade entre os sujeitos do contrato e os sujeitos cujos interesses são atingidos por esse contrato, a fim de evitar que os negócios jurídicos afetem terceiros;⁴⁸⁸ apenas excepcionalmente admite-se o atingimento da esfera jurídica alheia. E a resolução da relação obrigacional não foge à regra.

A resolução opera, no comum dos casos, efeitos *inter partes*, o que importa em reconhecer que os efeitos retroativos são obrigacionais, a cominar somente aos contratantes a restituição das vantagens percebidas. Assim, caso o devedor aliene o bem recebido a terceiros, o credor não conseguirá recuperá-lo, e ser-lhe-á restituído o equivalente pecuniário. De toda forma, a retroatividade obrigacional pode ser livremente disciplinada pelos contratantes que, no exercício de sua autonomia privada, estão autorizados a regular os efeitos de suas relações patrimoniais, podendo, inclusive, afastar a obrigação de restituir.

No entanto, em algumas situações, admite-se a retroatividade absoluta –, a operar *erga omnes*, extinguindo todos os efeitos negociais até então verificados, inclusive aqueles produzidos na esfera jurídica de sujeitos estranhos à relação

Julgador: 2.^a Seção. Publicação: DJe 10/12/2013). A rigor, referido entendimento deve ser aplicado a qualquer resolução; trate-se de relação de consumo ou paritária – salvo ajuste contratual em sentido diverso –, uma vez que a restituição simultânea é efeito natural da resolução das obrigações sinalagmáticas.

obligacional.⁴⁸⁹ A retroatividade absoluta, ao contrário daquela obrigacional, não pode ser regulada por mera previsão contratual, e requer a presença de específico fator de eficácia: a publicidade do ajuste. Cuida-se, em última análise, de circunstância que torna o negócio oponível a terceiros.⁴⁹⁰

Oponibilidade é, de acordo com Santos Junior, "uma manifestação de eficácia, significativa da *projeção do direito subjectivo*, de qualquer direito subjectivo, *em relação a terceiros*".⁴⁹¹ Opor o direito é, em definitivo, afirmá-lo perante terceiros, é o poder de exigir que o respeitem. Os direitos reais são dotados de oponibilidade *erga omnes*, decorrente dos mecanismos de publicidade que lhes são inerentes: os atos da posse no que tange aos bens móveis, e o registro obrigatório, aos imóveis. Os direitos de crédito, a seu turno, por não gozarem de sistema registral cogente, mas facultativo,⁴⁹² só serão oponíveis⁴⁹³ diante da ciência efetiva do terceiro acerca de sua existência.⁴⁹⁴

A ciência ou conhecimento efetivo gerador da oponibilidade do direito de crédito depende da comprovação, pelo titular do direito, de que o terceiro sabia da sua existência. Impõe-se, desse modo, ao credor provar que o terceiro tinha efetivo conhecimento do contrato e do seu direito de resolvê-lo, constatada a ocorrência de um dos suportes fáticos previstos na cláusula resolutiva expressa. O estado de ignorância do terceiro é, por conseguinte, a barreira à oponibilidade dos efeitos da

⁴⁸⁸ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p.56.

⁴⁸⁹ Ibid., p.15.

⁴⁹⁰ AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942. p.235.

⁴⁹¹ SANTOS JUNIOR, Eduardo. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003. p.466, grifos no original. Por outro lado, "*si ha inopponibilità del negozio quando esso non può aver valore contro il terzo, nel senso che rispetto a questo le cose stanno come se il negozio non vi fosse; la sua situazione giuridica non è punto influenzata dal negozio*" (FERRARA, op. cit., p.393). Em tradução livre: "há inoponibilidade do negócio quando ele não tem valor contra terceiros, como se, em relação a eles, não houvesse negócio; sua situação jurídica de forma alguma é influenciada pelo negócio".

⁴⁹² Excepcionalmente, exige-se o registro de vínculos obrigacionais, a exemplo dos atos constitutivos das sociedades empresárias, nos termos do art. 1.150 do Código Civil.

⁴⁹³ Não se tratará, nesta tese, da distinção, comum entre os autores europeus, entre oponibilidade em potência e oponibilidade concreta. Para análise profunda do tema, remete-se o leitor a: MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.187 et seq.; SANTOS JUNIOR, op. cit., p.473 et seq.; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Reimp. 1980, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. v.1.p.256 et seq.

⁴⁹⁴ MAIA, op. cit., p.191.

resolução, a reclamar a análise de sua boa-fé subjetiva, "ligada ao desconhecimento sem culpa ou à ignorância desculpável".⁴⁹⁵

Por essa razão, não basta a gerar oponibilidade da cláusula resolutiva expressa a transcrição do respectivo contrato no Registro de Títulos e Documentos, nos termos do artigo 128, VII, da Lei n.º 6.015/1973. Por se tratar de registro facultativo, o conhecimento a respeito da existência e conteúdo do contrato não será reputado, vale dizer, não haverá presunção relativa de ciência dos fatos dele constantes. Exigir-se-á o conhecimento efetivo, a demandar do credor a prova de que o terceiro conhecia efetivamente os eventos referidos.⁴⁹⁶ Nessa direção, para que a cláusula resolutiva expressa produza efeitos retroativos absolutos, mister que o terceiro tenha ciência da existência do contrato e de seu próprio conteúdo.

De outro lado, se o contrato versar sobre direitos reais relativos a imóveis, haverá conhecimento reputado de seu conteúdo se o instrumento constar do registro de imóveis, por se tratar de registro obrigatório, na forma do artigo 168, da Lei n.º 6.015/1973, e a resolução da relação obrigacional produzirá efeitos retroativos absolutos, alcançando o bem mesmo nas mãos de terceiros.⁴⁹⁷

Interessante decisão foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial n.º 664.523, e que serve bem a ilustrar a sistemática da retroatividade absoluta. Mitra Arquidiocesana de Fortaleza celebrou com Construtora Caldas Ltda e Construtora Bandeira de Mello Ltda contrato particular de permuta de imóveis, em 28

⁴⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.409. Para abordagem a respeito da aferição da boa-fé subjetiva do terceiro com vistas a avaliar a possível oponibilidade do direito de crédito, confira-se: MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.193 et seq.

⁴⁹⁶ O conhecimento proporcionado pelo emprego de mecanismos de publicidade pode ser dividido em conhecimento efetivo e conhecimento reputado. O conhecimento reputado decorre apenas dos registros públicos, quando sua adoção como mecanismo de publicidade for obrigatória (imposta pelo legislador). Nesse caso, a simples disponibilidade dessas informações ao público gera presunção relativa de conhecimento sobre os fatos ali expostos. O conhecimento efetivo, por outro lado, resulta da adoção de mecanismos de publicidade que exijam esforço maior de terceiros que pretendam obter informações a respeito de bens, fatos ou atos. De acordo com Roberta Medina Maia: "em suma, os efeitos da distinção centram-se no ônus da prova: enquanto há atribuição de conhecimento reputado, recairá sobre o terceiro o ônus de provar que, em virtude de uma falha no mecanismo de publicidade obrigatório que se aplicava à hipótese, violou direito alheio ou adotou conduta com ele incompatível porque, por motivos alheios à sua vontade, o desconhecia por completo. Em contrapartida, se o conhecimento atribuído pelo mecanismo de publicidade é efetivo, o ônus de provar que o terceiro conhecia o direito oposto ou mesmo os fatos ou atos que lhe deram origem recai sobre o seu titular" (Ibid., p.212).

⁴⁹⁷ ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.5. p.594; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.696.

de janeiro de 1993, no qual ficou acordado que a primeira daria terreno e, em contrapartida, receberia do consórcio formado pelas segundas, após a construção de edifício, dezesseis lojas e quatro apartamentos, com as respectivas vagas de garagem e um quarto para zelador, tendo constado, ademais, cláusula resolutiva expressa.

Em cumprimento de cláusula do mencionado contrato particular de permuta, outorgou-se a escritura pública de compra e venda do aludido terreno destinado à construção em favor do mencionado consórcio, em 8 de junho de 1994, sem qualquer referência à cláusula resolutiva. Ato contínuo, em 20 de junho de 1994, levou-se a registro na respectiva matrícula do registro de imóveis competente a escritura pública, quando o imóvel passou a figurar em nome das adquirentes, como se proprietárias fossem.

Embora as obras tenham sido iniciadas, o consórcio não as concluiu, incorrendo em inadimplemento absoluto do contrato, do qual Mitra Arquidiocesana de Fortaleza notificou as devedoras expressamente. Ainda assim, em 18 de junho de 1999, o consórcio alienou o imóvel com as edificações inconclusas para a Associação Pró-Ensino S/C Ltda. - APEL. O registro dessa nova alienação na matrícula do imóvel foi efetivado em 22 de junho de 1999.

Diante da situação relatada, Mitra Arquidiocesana de Fortaleza ajuizou, em setembro de 1999, ação ordinária contra as construtoras consorciadas, requerendo, ademais, a citação da compradora do imóvel – APEL – para integrar a lide na condição de litisconsorte passiva, e pleiteou, no que interessa a esta tese, a resolução do contrato particular de permuta por inadimplemento absoluto, com base na cláusula resolutiva expressa, e a consequente anulação da escritura pública de compra e venda do imóvel à Associação Pró-Ensino S/C Ltda., o que resultaria da retroatividade absoluta dos efeitos da resolução.

Reconheceu o Superior Tribunal de Justiça que, de regra, a cláusula resolutiva expressa não produz efeitos em relação a terceiros quando não constar do registro de imóveis. Entretanto, asseverou-se que se o terceiro adquire imóvel vinculado à cláusula resolutiva em contrato anterior, e conhece, de alguma forma, a restrição que sobre ele incide, agindo de forma temerária ou de má-fé ao adquiri-lo, não poderá se esquivar dos efeitos da eventual resolução do contrato anterior:

No caso em exame, a cláusula resolutiva inserida no contrato particular de permuta previa o desfazimento do negócio caso as adquirentes incorressem em inadimplemento de sua obrigação correspondente ao pagamento, como veio a ocorrer, é incontroverso. Contudo, o pacto comissório convencionado pelas partes não fora transcrito no registro de imóveis. Dessa forma, não se revestiu da publicidade necessária para que tivesse efeito perante terceiros de boa-fé que não participaram do contrato primevo. Entretanto, as consequências do pacto comissório podem ser impostas a terceiro que tenha agido com má-fé ou de modo temerário.

E conforme delineado nas instâncias ordinárias e transcrito linhas acima, na hipótese, entendeu-se que o terceiro conhecia a restrição imposta ao imóvel ou, ao menos, fora descurado de forma inescusável.

Portanto, não se aplica ao caso a regra de que ao terceiro de boa-fé não podem ser impostas as consequências de condição resolutiva contratualmente estipulada, mas a exceção, segundo a qual o terceiro de má-fé, adquirente do imóvel, pode ser atingido pelos efeitos do pacto comissório não transcrito no registro de imóveis. Ademais, como bem ressaltado no v. acórdão recorrido, a presunção de veracidade dos registros imobiliários não é absoluta, mas *juris tantum*, admitindo-se prova em contrário.⁴⁹⁸

Em síntese, versando o contrato sobre direitos reais que recaem sobre imóveis, a cláusula resolutiva expressa produzirá efeitos retroativos em relação a terceiros se o instrumento do qual constar for levado ao respectivo registro de imóveis. Do contrário, deverá o credor se desincumbir do ônus de provar que o terceiro sabia da existência não só do contrato, mas da própria cláusula resolutiva, sob pena de produzirem-se apenas efeitos retroativos *inter partes*, visto que, como aponta Luigi Mosco, "*il presupposto della risoluzione è estraneo alla fonte del rapporto*".⁴⁹⁹

Outra hipótese em que se cogita de efeitos absolutos é aquela em que se anota a eventual ação na qual se discute a resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa: a aquisição do bem durante o processo faz recair sobre o terceiro os efeitos resolutivos, inclusive, o restitutório.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 664.523. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento: 21/06/2012. Órgão Julgador: 4.^a Turma.

⁴⁹⁹ MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950. p.8. Em tradução livre: "o pressuposto da resolução é estranho à fonte da relação".

⁵⁰⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.259. No direito italiano, determina o art. 1458, 2, do Código Civil: "*La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*". Em tradução livre: "A resolução, mesmo se foi expressamente pactuada, não prejudica os direitos reconhecidos por terceiros, reconhecidos os efeitos da transcrição do pedido de resolução". Sobre o tema, confira-se: ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8.ed. Padova: CEDAM, 2013. p.551. No direito português, essa é a única hipótese em que se admite a produção de efeitos em relação a terceiros, conforme expressamente admitido no Código Civil, art. 435.^o: "1. A resolução, ainda que expressamente convencionada, não prejudica os direitos adquiridos por terceiro. 2. Porém, o registo da acção de resolução que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da acção."

É bem de ver, ademais, que se o devedor alienar o bem a terceiro após a declaração de resolução do credor, a venda é a *non domino*, e, portanto, ineficaz.

3.1.1.3 Efeito ressarcitório

A resolução conduz ao retorno ao *status quo ante*, impondo aos contratantes a restituição do que houverem recebido por força do contrato e atribuindo ao inadimplente o dever de ressarcir o credor pelos prejuízos causados pelo inadimplemento. O efeito ressarcitório não se confunde, por conseguinte, com o efeito restitutivo: ambos operam em esferas diferentes, mas complementares, de modo que somente sua atuação concomitante é capaz de conduzir as partes, efetivamente, ao estado anterior à celebração do contrato, como pretende a resolução. Sob o prisma funcional, o efeito ressarcitório visa reparar os danos que persistem mesmo após a restituição ao credor do que já havia prestado.

O principal problema que se coloca no âmbito do efeito ressarcitório, e com enorme repercussão prática, é definir a sua abrangência: indeniza-se o interesse positivo ou o interesse negativo?⁵⁰¹

Ensina Paulo Mota Pinto que o "interesse" a que se referem aquelas expressões "é a situação hipotética em que estaria o lesado sem o evento lesivo".⁵⁰² O interesse positivo corresponde, então, à situação em que o credor estaria caso o devedor tivesse cumprido perfeitamente sua obrigação. Trata-se, pois, do interesse no cumprimento, consubstanciado no dano surgido em razão do não cumprimento da obrigação,⁵⁰³ na "vantagem proveniente do contrato, na mais valia que aproveita o contratante".⁵⁰⁴ O credor que reclama indenização pelo interesse positivo demanda a

⁵⁰¹ Há certo consenso, ao menos, no que tange à impossibilidade de cumular-se a indenização pelo interesse positivo com aquela pelo interesse negativo: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.703; TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.48, n.5, p.644, set./out. 2002; ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012. p.272.

⁵⁰² MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.2. p.886.

⁵⁰³ *Ibid.*, p.871.

⁵⁰⁴ ASSIS, Araken de. Dano positivo e negativo na dissolução do contrato. *Revista do Advogado*, n.44, p.21, out. 1994.

execução do contrato, conquanto o faça pelo equivalente, caso a execução da prestação tenha se tornado impossível.

Ao interesse positivo contrapõe-se o interesse negativo, correspondente ao dano sofrido com a celebração do contrato. O lesado deve, nesses termos, ser colocado na situação em que estaria caso o contrato não tivesse sido celebrado, sendo-lhe ressarcidas as despesas realizadas para a conclusão do negócio e tornadas inúteis, bem como os lucros que perdeu por ter desviado seus recursos e sua atividade de outras aplicações, de outros contratos, para celebrar o contrato inadimplido.⁵⁰⁵ O interesse negativo engloba, com efeito, o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse confiado que a manifestação de vontade do ofensor produziria o efeito que dela se esperava: o adimplemento da obrigação.

Enquanto na Itália a doutrina se orienta majoritariamente em defesa da indenização pelo interesse positivo na resolução,⁵⁰⁶ em Portugal passa-se o contrário, e prevalece o entendimento segundo o qual o ressarcimento deve levar em conta o interesse negativo.⁵⁰⁷ No Brasil, a doutrina se inclina por admitir a indenização pelo interesse negativo.⁵⁰⁸

De acordo com Judith Martins-Costa, "outorgar ao credor, no caso de desfazimento do vínculo, pela resolução, indenização pelo interesse positivo (isto é: o interesse de cumprimento) importaria em enriquecimento sem causa, pois o credor receberia o já pago e, cumulativamente, o lucro do negócio", o que lhe permitiria retornar ao mercado e buscar novo parceiro para celebrar outro contrato e obter o lucro almejado.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.2. p.876-877.

⁵⁰⁶ AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942. p.139 et seq.; ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5. p.933 et seq.; TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010. p.83 et seq.

⁵⁰⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006. v.2. p.106 et seq. Em sentido diverso, admitindo a indenização pelo interesse positivo: MOTA PINTO, op. cit., p.1642 et. seq.

⁵⁰⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p.244-355. Em sentido contrário, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para quem "a valoração do dano na extensão do interesse contratual positivo responde a um critério mais justo e equitativo" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.704).

⁵⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p.564.

De fato, afigura-se mais coerente com a função da resolução que o ressarcimento se paute pelo interesse negativo.⁵¹⁰ Quando o credor exerce o direito de resolver conferido pela cláusula resolutiva expressa, não almeja obter a prestação que lhe é devida, não pretende ser colocado na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido perfeitamente adimplido. Se o desejasse, pleitearia a execução do contrato – de forma específica ou pelo equivalente, conforme a hipótese – circunstância em que a indenização (pelo interesse positivo) se revestiria de caráter substitutivo.

Em verdade, pretende o credor, com a resolução, libertar-se de relação obrigacional disfuncionalizada, liberar-se de cumprir sua prestação e recuperar o que prestou, colocando-se, assim, na posição econômico-jurídica em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado. A indenização deve, então, atuar na mesma direção, e conduzir o credor à situação patrimonial em que estaria se não tivesse concluído o contrato (interesse negativo).

A admissão, como regra, de indenização pelo interesse positivo conduziria a incontestável incoerência, facilmente perceptível quando se tem em mira a resolução de promessa de compra e venda por inadimplemento do promitente comprador: o promitente vendedor ficaria com o imóvel (efeito restitutório) e mais o preço ajustado (efeito ressarcitório), e o devedor inadimplente ficaria sem o imóvel e sem as parcelas pagas do preço. Foi o que observou Gisela Sampaio da Cruz: "em princípio, a resolução não enseja, portanto, indenização por interesse positivo. Seria, de certa forma, até meio incongruente pleitear o credor a extinção do contrato com a volta ao *status quo* anterior e, concomitantemente, requerer indenização que o coloque na mesma situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido".⁵¹¹ A incoerência decorre, na realidade, da incompatibilidade funcional entre o efeito restitutório da resolução e a indenização pelo interesse positivo.⁵¹²

⁵¹⁰ Não se afasta, contudo, eventualmente, diante das peculiaridades do caso concreto, a indenização pelo interesse positivo, na esteira do que sustenta, no direito português, Brandão Proença que, conquanto entenda cabível, de regra, a indenização pelo interesse negativo, ressalva a não definitividade de sua posição, "até porque certo casuísmo poderá infirmar estas conclusões (não será justo privar o credor dos danos positivos, quando se viu comprometida uma revenda, uma troca já acordada ou uma prestação de serviços?) e, sobretudo, pensamos que a jurisprudência poderá flexibilizar o critério defendido, quando assim for exigido pelos interesses em presença" (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.196).

⁵¹¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.139-140.

⁵¹² A despeito do entendimento doutrinário majoritário, a jurisprudência inclina-se para a admissão da indenização pelo interesse positivo. É o que se observa, inclusive, no âmbito do Superior Tribunal

O interesse negativo não se confunde com os lucros cessantes. A indenização pelo interesse negativo abrange tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. O lesado deverá recuperar as diminuições de valores por ele suportadas com a celebração do contrato, bem como os benefícios que por isso deixou de obter.

Os danos emergentes correspondem, então, a todas as despesas em que o credor incorreu para celebrar o negócio: em contrato de campanha publicitária, seriam, por exemplo, os gastos com gravações, contratação de atores, projetos, honorários de artistas etc.;⁵¹³ em contrato de transporte de coisa, os gastos com seguro, armazenamento e acondicionamento da mercadoria.

Os lucros cessantes, por sua vez, não são o que o credor razoavelmente deixou de ganhar com o negócio inadimplido, mas, sim, o que deixou de auferir por ter celebrado dito contrato, vale dizer, "o que ele ganharia se tivesse, por exemplo, dado continuidade a outro negócio já em curso, ou, então, com o próprio investimento financeiro do capital".⁵¹⁴ Configura, outrossim, lucros cessantes o valor correspondente ao uso do bem por parte do devedor inadimplente, durante a vigência do contrato.⁵¹⁵

de Justiça: "Na indenização por descumprimento de contrato de promessa de compra e venda que se frustra pela ação do vendedor, o comprador tem o direito de ser colocado na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Isto é, tem o direito a ver atendido seu interesse positivo, de ser indenizado pelos danos positivos, para o que interessa considerar qual o patrimônio de que disporia se não tivesse havido a quebra do contrato pelo promitente vendedor" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp* 403.037/SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 28/05/2002. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJ 05/08/2002).

⁵¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2. p.331.

⁵¹⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.145.

⁵¹⁵ Em sentido contrário, sustentando que tal verba está compreendida no efeito restitutivo, confira-se: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.639-640. Observe-se, contudo, que, a prevalecer tal entendimento, ter-se-ia que, no âmbito de promessas de compra e venda, por exemplo, permitir ao promitente vendedor, quando inadimplente, reter parcela das prestações pagas pelo promitente comprador, a título de restituição pelo uso do bem pelo adquirente, uma vez que o efeito restitutivo se impõe a ambos os contratantes, independentemente de quem tenha dado causa ao inadimplemento. Não é, todavia, o que prevalece na jurisprudência dominante: "As Turmas de Direito Privado desta Corte Superior se posicionaram na vertente de ser inaplicável o art. 924 do CC/1916 e, por conseguinte, incabível a instituição de parcela de retenção, na resolução de compromisso de compra e venda de imóvel por culpa do promitente-vendedor, porquanto incide o parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil/1916, devendo a construtora devolver integralmente a quantia paga pelo promitente-comprador" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EAg* 616048/RJ. Relator: Min. Jorge Scartezini. Julgamento: 24/05/2006. Órgão Julgador: 2.^a Seção. Publicação: DJ 05/06/2006 p. 239).

Embora a obrigação de restituição não se confunda com a obrigação de indenização, uma vez que ambas ostentam pressupostos e funções diferentes, não se pode deixar de reconhecer que a obrigação de restituir assume certo efeito reparador indireto, dado que limita o dano, pressuposto da indenização. Em razão da restituição, a situação do credor se torna menos distante daquela em que estaria se o evento lesivo não tivesse ocorrido. De mais a mais, o efeito ressarcitório pode mesmo acabar substituindo o efeito restitutivo. Basta que o credor não consiga recuperar, *in natura*, o objeto da prestação para se configurar, ao menos na exata medida do valor do bem – qual seja, o valor equivalente –, um dano ressarcível, incluído no ressarcimento correspondente ao interesse negativo.

Cumprе ressaltar, ainda, que não há, no direito brasileiro, norma que impeça que a indenização pelo interesse negativo seja superior àquela pelo interesse positivo. O problema da existência e alcance das perdas e danos se liga diretamente à análise do nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato que o origina. Desde que demonstrado o dano em toda a sua extensão e o nexo causal direto e imediato, impõe-se a indenização.⁵¹⁶

De todo modo, para que o credor tenha direito a pleitear, juntamente com a execução extrajudicial da cláusula resolutiva expressa, o pagamento de perdas e danos, imprescindível que o montante indenizatório tenha sido pré-fixado contratualmente,

⁵¹⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.148. Aliás, o chamado *duty to mitigate the loss*, parece mesmo dispensável quando se reconhece a importância do nexo causal, não só para a existência, como para a própria identificação do alcance do dever de reparar. De acordo com Díez-Picazo: "*Quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión de daño causado por el incumplimiento y no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de tales medidas. Hay, ante de todo, un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando para ello las precauciones que la razonable diligencia exige. Por otra parte, es claro que en un caso semejante se introduce un factor 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 pasividad del acreedor*" (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. Madrid: Civitas, 1996. v.2. p.689). Assim, por exemplo, o pecuarista que, diante do inadimplemento anterior ao termo do contrato de fornecimento de leite celebrado com fábrica de laticínios, não aceita oferta de celebração de outro contrato em substituição ao repudiado, vindo a perder toda a produção, não poderá cobrar da fábrica inadimplente indenização por esse prejuízo, já que sua causa direta e imediata foi a própria inércia do credor, e não o inadimplemento anterior ao termo do devedor. Consoante Treitel, se o credor poderia ter agido a fim de diminuir suas perdas, mas nada fez, a referência para o cálculo da indenização passa a ser a data em que se abriu para ele aquela oportunidade (TREITEL, Guenter Heinz. *The law of contract*. 6.ed. London: Stevens and Sons, 1983. p.724). Para análise do *duty to mitigate the loss* como dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, confira-se FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.19, p.116, jul./set. 2004.

por meio de cláusula penal compensatória. Dessa forma, ao notificar o devedor da opção pela resolução, o credor pode pleitear, no mesmo ato, o pagamento da multa convencional.⁵¹⁷ Nesse caso, o credor fará jus não só à restituição do prestado, mas também ao valor fixado na cláusula penal.

Se o devedor, no entanto, recusar-se ao pagamento da verba pré-fixada, nada mais restará ao credor senão ajuizar ação com vistas ao recebimento do montante, o que de forma alguma compromete a resolução extrajudicial já implementada, como reconheceu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar ação movida por Liquigás Distribuidora S/A em face de Durlin Tintas e Vernizes Ltda., em que pretendia "ver declarada judicialmente a rescisão do 'Contrato de Prestação de Serviços e/ou Fornecimento de Materiais', por culpa exclusiva da empresa-ré e consequente condenação ao pagamento da multa contratual previamente ajustada entre as partes em decorrência dos inadimplementos reincidentes" da devedora, que passara a fornecer materiais (tintas para pintura dos botijões de gás) em desconformidade com o que fora contratado. De acordo com o Relator:

[...] para a autora o contrato já estava desfeito quando do ajuizamento, tanto assim que pede (desnecessariamente) a mera declaração dessa pretérita ocorrência e, bem por isso, a condenação da ré ao pagamento da multa contratualmente ajustada. A autora, ora agravante, optou pela multa contratual, claramente lhe dando contornos de multa penal compensatória (indenização pré-fixada) [...]. Em outros termos, o pedido de declaração, a rigor, poderia nem ter sido formulado, pois basta à autora, afirmando a resolução do contrato por culpa exclusiva da ré, com base em cláusula resolutiva, pedir sua condenação ao pagamento da multa [...].⁵¹⁸

A inexistência de cláusula de pré-fixação das perdas e danos não afasta o direito do credor de pleiteá-las se o inadimplemento ou a superveniência do risco previsto na cláusula resolutiva expressa lhe causou prejuízos. Nesse caso, no entanto, a indenização pelas perdas e danos dependerá de pronunciamento judicial, a despeito, repita-se, de a resolução se operar extrajudicialmente.

O efeito ressarcitório não é da essência da cláusula resolutiva expressa. Quando a cláusula servir apenas para disciplinar os efeitos do risco já alocado pela teoria legal do risco, de regra, a responsabilidade pelas perdas e danos dependerá

⁵¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.411.

da regulamentação legal. Veja-se, por exemplo, o que se passa com a previsão de vícios redibitórios como suporte fático da cláusula. Como anteriormente destacado, semelhante previsão permitirá que o comprador resolva extrajudicialmente o contrato em vez de ajuizar ação redibitória em se constatando o vício oculto, nos termos do artigo 441 do Código Civil. Nesse caso, o pagamento de indenização por perdas e danos dependerá da boa-fé subjetiva do alienante, ou seja, do seu conhecimento a respeito do vício ou defeito, de acordo com o que determina o artigo 443. Nada impede, porém, que o alienante assuma todos os riscos relativos aos vícios redibitórios, hipótese em que deverá pagar a indenização cabível. Nesse caso, as partes não terão somente disciplinado os efeitos dos riscos previamente alocados pelo legislador, mas terão também procedido a uma nova alocação de riscos.

3.2 Resolução extrajudicial e execução do contrato pelo equivalente: distinções relevantes

Configurado o suporte fático presente na cláusula resolutiva expressa, abre-se ao credor não inadimplente a possibilidade de verificar se a avaliação feita quando da celebração do contrato relativa à essencialidade da obrigação, ou ao impacto negativo da superveniência do risco na produção do resultado útil programado, se confirmou. Nesse momento, o credor poderá concluir que, a despeito da verificação do evento previsto no suporte fático, a prestação ainda lhe é útil e passível de ser executada pelo devedor, hipótese em que não se configura inadimplemento absoluto, mas mora. Nesse caso, fica peremptoriamente afastada a resolução da relação obrigacional, restando ao credor a via da execução específica da prestação.

Por outro lado, se a inexecução da obrigação ou a superveniência do risco afeta profundamente o programa contratual, a ponto de conduzir à impossibilidade ou à inutilidade da prestação, configura-se o inadimplemento absoluto. Nesse cenário, poderá o credor optar entre resolver a relação obrigacional, valendo-se da cláusula resolutiva expressa, ou manter o contrato e executá-lo pelo equivalente. A

⁵¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 2133701-38.2014.8.26.0000*. Relator: Des. Mourão

opção do credor por um ou outro caminho dependerá dos efeitos que pretende sejam produzidos.

A execução pelo equivalente, ao contrário da resolução, conserva a relação obrigacional, que não se desfaz.⁵¹⁹ Permite-se ao credor manter o vínculo obrigacional, que ainda lhe interessa – apesar de a prestação devida ter se impossibilitado ou se tornado inútil –, seja porque deseja executar a prestação que lhe incumbe, ou porque não quer receber de volta a prestação já executada.⁵²⁰ É o que ocorre, por exemplo, quando, em contrato de permuta, o credor executa a prestação que lhe toca consoante as exatas especificações da contraparte, mas o devedor se torna inadimplente; por não ter outra forma de aproveitar referida prestação preparada sob encomenda, prefere o credor manter o vínculo contratual e receber o equivalente da prestação que lhe era devida. Optasse pela resolução, o credor se veria obrigado a receber de volta aquela prestação já executada, da qual nenhuma utilidade extrairá.

Outra distinção relevante quanto aos efeitos das duas opções conferidas ao credor reside no montante indenizatório a que fará jus. A responsabilidade pelo equivalente se funda no interesse positivo, ou "interesse de cumprimento", ao contrário de perdas e danos devidos por ocasião da resolução, que se restringem ao interesse negativo. Significa, portanto, que, na execução pelo equivalente, além de pleitear a substituição da coisa pelo seu equivalente pecuniário, receberá o credor indenização suficiente a colocá-lo na mesma situação em que estaria caso o contrato tivesse sido adimplido na forma, no dia e no lugar ajustados.

Essa diferença entre os montantes indenizatórios decorre, na realidade, da própria diversidade de escopos dos dois instrumentos de tutela: enquanto na resolução o credor pretende exonerar-se da obrigação a que se comprometeu e reposicionar seu patrimônio no estado em que se encontraria se não tivesse

Neto. Julgamento: 16/09/2014. Órgão Julgador: 27.^a Câmara de Direito Privado.

⁵¹⁹ É também o que afirma Francisco Marino, quando comenta a execução pelo equivalente expressamente referida nos artigos 234 e 239 do Código Civil: "[...] a opção do legislador brasileiro parece ir ao encontro da teoria que vê, no caso, não a mera extinção da obrigação original com o correlato surgimento da obrigação de indenizar, mas sim a perpetuação da obrigação original, transformada (quanto ao objeto) em equivalente pecuniário" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.414).

⁵²⁰ "O credor pode não ter interesse na resolução, o que exigiria a necessidade de retorno das partes à situação anterior, com restituição das prestações já recebidas, perspectiva que poderia levá-lo a optar pela manutenção do contrato e recebimento do equivalente da prestação inexecutada"

celebrado o contrato, na execução pelo equivalente o credor busca colocar-se na situação de vantagem em que estaria se tivesse havido o adimplemento. E a indenização devida em ambos os casos segue a mesma lógica, como se extrai do exemplo formulado por Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria:

Suponhamos que A, proprietário de um cavalo, que vale 600, o troca pelo automóvel de B, que vale 500. A venderia o automóvel a C por 800 e, se não tivesse celebrado o contrato, teria tido a oportunidade de vender o cavalo a D por 700. Entretanto, antes da entrega do carro, B tem um acidente e o carro fica totalmente destruído. B teve culpa no acidente. Atente-se agora na diferença de resultados práticos, consoante se trilha uma ou outra via. Se o credor optasse pelo direito à indenização, receberia 800, mas entregaria o cavalo, de valor igual a 600. Se ele optasse pela resolução, não faria eventualmente a entrega do cavalo (assim, se ainda não tivesse realizado a contraprestação) e receberia 100 (o lucro que deixou de obter pela vinculação ao contrato resolvido).⁵²¹

Fica evidente, em definitivo, que, embora resolução e execução pelo equivalente sejam alternativas oferecidas ao credor em presença de inadimplemento absoluto, a escolha de uma ou outra dependerá, fundamentalmente, dos efeitos que se deseja obter. Há de se considerar, além disso, que a opção pela resolução se afigura, de regra, mais célere, visto que tudo se passa extrajudicialmente, sem necessidade de intervenção judicial, sobretudo quando do contrato já consta cláusula de pré-fixação de perdas e danos. Essa vantagem, naturalmente, cai por terra quando há a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, seja para a produção dos efeitos materiais da resolução, seja para a solução de controvérsias postas entre devedor e credor.

3.3 A análise judicial da cláusula resolutiva expressa

A cláusula resolutiva expressa encerra genuína manifestação da autonomia privada, cujo exercício legítimo garante a validade da cláusula, além de constituir importante instrumento de autotutela: uma vez verificado o inadimplemento absoluto da

(AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.426).

obrigação essencial ou o risco inserido em seu supor fático de forma livre e consciente pelas partes, abre-se ao credor a possibilidade de integrar a *fattispecie* resolutiva complexa com sua declaração receptícia de vontade, resolvendo a relação obrigacional.

A grande vantagem oferecida pela cláusula em análise reside, pois, na possibilidade de resolver extrajudicialmente o vínculo obrigacional. Ficam as partes imunes às vicissitudes do Poder Judiciário, sobretudo à morosidade e à discricionariedade judicial que, embora inerente à atividade jurisdicional,⁵²² quando contaminada por pré-compreensões,⁵²³ não apreciação racional das provas⁵²⁴ ou desvio do princípio da legalidade constitucional,⁵²⁵ pode resultar em decisões equivocadas e (ou) arbitrárias, a gerar indesejável insegurança jurídica. No entanto,

⁵²¹ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2001. v.2. p.428-429.

⁵²² O juízo discricionário é inerente ao exercício da atividade interpretativa e, portanto, à decisão judicial. Cuida-se, em verdade, de "discricionariedade interpretativa", vale dizer, de discricionariedade ínsita à interpretação do direito, à identificação da disciplina específica do caso concreto. Sobre a discricionariedade interpretativa, confira-se: DI MARZIO, Fabrizio. Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.52, n.3, p.399, maio/jun. 2006.

⁵²³ A pré-compreensão consiste na assunção originária de sentido, isto é, de uma pré-disposição do intérprete de entender o texto ou os fatos de determinada forma; o intérprete atribui sentido ao texto ou aos fatos a partir de certo ponto de vista, que influencia não apenas o ato de interpretação, mas seu próprio resultado (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.607). Há dois perigos em torno das pré-compreensões. O primeiro é que se tornem preconceitos, a impedir a plena compreensão do objeto pelo intérprete, que se fecha para outras possibilidades interpretativas. Semelhante postura produz decisões arbitrárias, fundadas no subjetivismo irracional do intérprete. O segundo perigo se relaciona à possibilidade de escamoteamento das pré-compreensões. O recurso às pré-compreensões impõe ao juiz o dever de fazê-las conhecer, de desvendá-las expressamente em sua decisão a fim de que se possa verificar se, naquele caso concreto, a pré-compreensão se transformou em preconceito ou se está de acordo com a passagem da lei ao direito. "Passagem a se realizar", afirma Pietro Perlingieri, "segundo um processo lógico-axiológico, o mais explícito possível e, portanto, controlável em seu percurso em termos de uma coerente adequação, proporcionalidade e razoabilidade" (p.609). A decisão, portanto, que se baseia em pré-compreensões não explicitadas afigura-se arbitrária.

⁵²⁴ A prova exerce sua função epistêmica quando concebida como instrumento processual a serviço do juiz para descoberta e identificação da verdade (relativa) em torno dos fatos da causa (TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*, São Paulo, v.32, n.151, p.235, set. 2007). A verdade dos fatos, por sua vez, é resultado de atividade cognoscitiva que se articula em passagens cognoscíveis e controláveis, como a coleta de informações, a verificação de sua confiabilidade, a análise de sua relevância e a formulação de inferências, logicamente válidas, que conduzam a conclusões racionalmente justificadas. Não é permitido ao juiz, portanto, na identificação dos fatos, ignorar as regras da lógica, que constituem exigência intrínseca a qualquer compreensão, e tampouco decidir manifestamente contra as provas dos autos, sob pena de incorrer em arbitrariedade.

⁵²⁵ O princípio da legalidade deve ser "entendido certamente, não como uma subserviente interpretação e aplicação de uma lei particular e isolada, mas como dever de interpretá-la e aplicá-la em respeito às normas e escolhas constitucionais, como a obrigação da correta motivação e argumentação" (PERLINGIERI, op. cit., p.24).

por vezes, o recurso ao Judiciário é inevitável, e o magistrado é chamado a dirimir a controvérsia.

Imprescindível não perder de vista que a intervenção judicial não se presta a socorrer o devedor que, encontrando-se em situação desconfortável, pretenda o afastamento de disposições contratuais com as quais aquiesceu, livre e conscientemente, quando da celebração da avença, a fim de obter vantagens espúrias e embaraçar a efetivação de direitos legítimos do credor.

Por meio do contrato, podem as partes disciplinar, com considerável liberdade, seus interesses negociais. No entanto, toda liberdade se faz acompanhar da atribuição de responsabilidade. Ao escolher as regras regentes da relação jurídica, os contratantes concordam em se submeter aos seus efeitos, ainda que se revelem, ao fim e ao cabo, desvantajosos para um deles. Não existe, no direito brasileiro, princípio de proteção ao negócio lucrativo, que salvguarde o contratante do mau negócio. Além do mais, *pacta sunt servanda*. Nessa toada, o Judiciário não pode servir de válvula de escape para o contratante arrependido escusar-se de cumprir aquilo a que se obrigou, cabendo-lhe, antes, o papel de impor ao devedor a assunção da responsabilidade pelas escolhas legitimamente realizadas.

Cuida-se, em uma palavra, da imperiosa deferência à autonomia privada, que deve guiar, inexoravelmente, a atuação judicial na apreciação da cláusula resolutiva expressa, sobretudo diante de relação paritária. Afigura-se, por conseguinte, indispensável sistematizar as balizas que devem nortear referida apreciação – todas já desenvolvidas ao longo da tese –, a fim de garantir o justo equilíbrio entre os interesses contrapostos.

Em presença de cláusula resolutiva expressa, a opção do credor pela resolução extrajudicial reduz substancialmente as matérias passíveis de apreciação judicial, limitando a atividade jurisdicional ao exame de duas questões pontuais: a validade da cláusula, no âmbito da qual se questiona a possibilidade de o juiz analisar a relevância da obrigação incluída em seu suporte fático; e a presença dos pressupostos necessários à resolução, cujo ponto nodal é a perquirição da efetiva configuração do inadimplemento.

No que tange à validade da cláusula, o que se investiga, a rigor, é a legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração do seu conteúdo. Por meio da cláusula resolutiva expressa, as partes já determinam, *ex ante*, que obrigações se revelam essenciais para a concreta economia do contrato, para a consecução do

resultado útil programado, para, enfim, a realização da função econômico-individual do negócio, ou quais os riscos, uma vez verificados, impedirão a realização dessa função. Embora essa avaliação caiba prioritariamente aos contratantes, que sabem, como ninguém, os exatos termos em que a prestação deve ser executada para que atenda a seus interesses, ela não está imune a controle de legitimidade.⁵²⁶

Nesse cenário, ao avaliar o conteúdo da cláusula, o Estado-juiz não pode deixar de ter presente, repita-se, que os contratantes, no exercício de sua autonomia privada, podem, além de assumir de forma expressa certos riscos, valorar a relevância das obrigações de acordo com os interesses perseguidos, atribuindo caráter de essencialidade a alguma ou algumas delas. A avaliação das partes é, com efeito, soberana, e a intervenção judicial se justifica, exclusivamente, diante do exercício ilegítimo da autonomia privada.

Acrescente-se que a análise é sempre casuística, em concreto, e deve levar em consideração as circunstâncias contratuais presentes no momento da resolução, e não aquelas existentes ao tempo da celebração do negócio. O que se deve investigar é se a obrigação inserida na cláusula, no âmbito daquela específica relação jurídica, considerando-se o contexto e o fim contratual, os específicos interesses perseguidos pelas partes, afigura-se essencial quando da resolução ou se, ao contrário, não releva decisivamente para a realização da função econômico-individual do ajuste. E, para tanto, deve o magistrado se guiar por dois parâmetros inafastáveis, nos termos apontados em sede própria: o equilíbrio econômico do contrato e a boa-fé objetiva.⁵²⁷

⁵²⁶ É o que também reconhece Roberta Mongillo: "*Il superamento del volontarismo negoziale come dogma esige che la meritevolezza dell'atto di autonomia non si esaurisca nella mancanza della sua illicietà. In questa prospettiva, il rispetto dell'autonoma determinazione delle parti non può spingersi fino al punto di negare ogni possibilità di controllo giudiziale circa l'adeguatezza del rimedio risolutorio rispetto all'interesse da tutelare*" (MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.213). Em tradução livre: "A superação do voluntarismo negocial como dogma exige que o merecimento de tutela do ato de autonomia não se esgote na ausência de ilicitude. Nessa perspectiva, o respeito da determinação autônoma das partes não pode chegar ao ponto de negar qualquer possibilidade de controle judicial a respeito da adequação do remédio resolutório ao interesse a ser tutelado."

⁵²⁷ Grondona afirma "*che il riconoscimento del potere del giudice di intervenire sul contratto, inteso in senso ampio, sarebbe una via d'uscita apprezzabile dal dualismo liberalismo/dirigismo. Nel senso che il giudice può rappresentare uno strumento di controllo e di indizio dell'autonomia privata attraverso l'impegno della regola di buona fede costituzionalizzata: in quest'ordine di idee, l'autonomia privata non verrebbe repressa ma soltanto indirizzata a fini solidaristici. Nella nostra prospettiva della clausola risolutiva espressa, questi fini possono evidentemente estendersi fino alla preclusione dell'operatività della clausola stessa, se riesca a provarsi che la clausola risolutiva si è in sostanza tradotta in abuso contrattuale a danno di una parte*" (GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e

Por outro lado, tratando-se da assunção de riscos diversos do inadimplemento, deve-se avaliar: a) no caso de o risco não ser atribuído ao contratante pela disciplina legal dos riscos, se ele expressamente o assumiu no contrato; b) se a assunção desse risco afetou o equilíbrio econômico do contrato; c) se houve indicação específica do evento necessário e irresistível na cláusula resolutiva expressa; e d) tratando-se de vício redibitório, se se indicou que defeitos ocultos retiram a utilidade esperada do bem.

Verificada a ilegitimidade do conteúdo da cláusula resolutiva expressa no momento da resolução, deve-se reconhecer sua invalidade e afastar, imediatamente, o desfazimento do vínculo. Por outro lado, constatada a validade da cláusula, passa-se à análise do preenchimento dos pressupostos autorizadores do exercício do direito nela contido, dentre os quais a configuração do inadimplemento desperta as maiores controvérsias.

A inclusão de cláusula resolutiva expressa no contrato visa, justamente, indicar que a não execução cabal da obrigação nela inserida, embora passível de não caracterizar inadimplemento absoluto em outras relações contratuais, mostra-se, naquele específico vínculo jurídico, grave o suficiente para eliminar o interesse do credor na manutenção da relação obrigacional. Por essa razão, impossibilitando-se a execução da obrigação essencial ou configurada sua total e definitiva inexecução, configura-se o inadimplemento absoluto, e fica o intérprete impedido de requalificar a espécie de inadimplemento e impedir a resolução.

Em contrapartida, havendo cumprimento imperfeito ou inexato, poderá o magistrado mensurar a gravidade da lesão causada ao interesse do credor, afastando a resolução sempre que, com base na boa-fé objetiva e no equilíbrio econômico do contrato, a inexecução não for capaz de comprometer o interesse do credor na prestação, sendo possível, a seu despeito, a consecução do resultado útil

potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1032, 2013). Em tradução livre: "que o reconhecimento do poder do juiz de intervir no contrato, entendido em sentido amplo, seria uma saída apreciável pelo dualismo liberalismo/dirigismo. Nesse sentido, o juiz pode representar um instrumento de controle da autonomia privada por meio do compromisso com a regra da boa-fé constitucionalizada: nessa concepção, a autonomia privada não seria reprimida, mas apenas dirigida para fins solidários. Na nossa perspectiva sobre a cláusula resolutiva expressa, estes fins podem evidentemente estender-se até a preclusão da aplicação da mesma cláusula, caso se consiga provar que a cláusula resolutiva se transformou, afinal, em abuso contratual com prejuízo para uma das partes".

programado.^{528,529} Trata-se, em verdade, de impedir a resolução por ausência de inadimplemento absoluto – pressuposto resolutório indispensável –, uma vez que, nesse caso, configura-se adimplemento substancial, tecnicamente qualificado como mora. Ao proceder à referida avaliação, o julgador deverá considerar, outrossim, o concreto programa contratual, as qualidades particulares das partes envolvidas no negócio, a utilidade esperada da prestação e o comportamento do credor após a inexecução,⁵³⁰ sem prejuízo de outros parâmetros que assumam relevância no caso concreto.

⁵²⁸ Admite a análise judicial da gravidade da lesão ao interesse do credor, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2. p.412-414. Na doutrina italiana, adere à orientação adotada nesta tese, Spallarossa: "*Ritengo fondata l'opinione secondo la quale anche in questo caso debba chiedersi al giudice l'indagine sulla non scarsa importanza dell'inadempimento, con una precisazione però, e cioè, tale indagine si renderà necessaria nell'ipotesi di inesattezza nell'adempimento [...] – non nell'ipotesi di totale inadempimento. Sarà diretta, tale indagine, a controllare l'incidenza dell'inadempimento sull'economia del contratto, partendo dalla valutazione operata dai contraenti in sede di conclusione del contratto e tenendo conto altresì di tutti gli altri fattori successivi alla conclusione del contratto medesimo fino al momento esecutivo, secondo la regola della buona fede*" (SPALLAROSSA, M. Rosa. Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.18, n.2, p.473, nota de rodapé n.º 39, 1972). Em tradução livre: "*Considero procedente a opinião segundo a qual também nesse caso deve-se requerer ao juiz que avalie a importância do inadimplemento, com a ressalva de que a avaliação judicial se faz necessária na hipótese de imperfeição no adimplemento [...] – e não na hipótese de inadimplemento total. Tal avaliação deve perquirir a relevância do inadimplemento na economia do contrato, partindo da avaliação estipulada pelos contratantes no ato da celebração do contrato e levando também em conta todos os outros fatores supervenientes à conclusão do negócio até o momento executivo, conforme a regra da boa-fé*". É o que esclarece, ainda, Putti: "*È da ritenersi, infatti, che se l'inadempimento dell'obbligazione ricompresa espressamente nell'ambito di applicazione della clausola, risulti trascurabile o, comunque, di lieve entità, il creditore non possa invocare l'operatività dell'accordo risolutorio. In caso contrario, atteso che, ogni adempimento potrà verosimilmente essere caratterizzato da piccoli aspetti di imperfezione, sarebbe quasi come porre nella disponibilità del creditore una condizione risolutiva meramente potestativa*" (PUTTI, Pietro M. La risoluzione. *Diritto civile*. In: LIPARI, Nicolò. RESCIGNO, Pietro (Dir.). ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.1168). Em tradução livre: "*Deve-se considerar, de fato, que se o inadimplemento da obrigação contemplado expressamente na cláusula resulta de pouca relevância ou de leve entidade, o credor não pode invocar a aplicação do acordo resolutório. Admitir o contrário, considerando-se que todo adimplemento pode, de regra, apresentar pequenas imperfeição, equivaleria a pôr à disposição do credor uma condição resolutiva meramente potestativa*".

⁵²⁹ De acordo com Roppo, o controle se justifica, sobretudo, quando as partes se limitam a indicar certa obrigação na cláusula resolutiva expressa sem, contudo, definir analiticamente a forma pela qual deve ser executada (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011. p.305).

⁵³⁰ Conforme esclarece Roberta Mongillo, "*il giudice non può seguire criteri di mero arbitrio, ma deve tener conto della gravità dello squilibrio, della qualificazione del contratto e, all'interno dello stesso, dell'interesse creditorio, che, come si è rilevato in precedenza, ha natura complessa e può involgere anche profili non patrimoniali*" (MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p.227). Em tradução livre: "*o juiz não pode seguir critérios de mero arbítrio, mas deve levar em conta a gravidade do desequilíbrio, a qualificação do contrato e, dentro do mesmo, o interesse creditório que, conforme já foi relevado, tem natureza complexa e pode envolver até interesses não patrimoniais*". Confira-se, ainda, lição de Brandão Proença: "na ausência de critérios legais de apreciação ou na inexistência de uma valoração (limitada)

A atribuição, ao Poder Judiciário, do controle sobre a gravidade da lesão ao interesse do credor não afasta, *tout court*, a valoração das partes a esse respeito. Cuida-se, na realidade, de reconhecer a imperiosa incidência da boa-fé objetiva e do princípio do equilíbrio econômico em todas as relações contratuais, inclusive aquelas paritárias e nas quais figure cláusula resolutiva expressa, a fim de garantir a conservação do contrato sempre que se mostre possível atingir o escopo perseguido pelas partes.⁵³¹

Por conseguinte, insta investigar se a lesão é de tal monta a impactar negativamente na finalidade do contrato em exame, na consecução do resultado útil programado. Há que se averiguar o efetivo grau da repercussão da inexecução sobre a equação econômico-financeira do contrato.⁵³² A apreciação valorativa do inadimplemento é baseada na análise global do negócio, na sua natureza e nas cláusulas pactuadas pelas partes. Se, no contexto da concreta relação negocial, o descumprimento da obrigação se mostra relevante a ponto de tornar a prestação economicamente diversa, abalando o equilíbrio construído pelas partes, haverá grave lesão ao interesse do credor no intercâmbio das prestações, e o juiz deverá ratificar a resolução levada a cabo pelo credor. Pelo contrário, se a inexecução não afetar o

convencional [...], a gravidade do incumprimento resultará, *grosso modo*, da projecção do concreto inadimplemento (da sua natureza e da sua extensão) no interesse actual do credor (a nota subjectiva do objectivismo), ou seja, será 'aferido' pelas 'utilidades concretas que a prestação lhe proporciona ou proporcionaria'. A projecção referida apresenta um manifesto 'conteúdo' ético, pois que tudo se traduz numa apreciação da importância do incumprimento segundo um princípio de boa fé, concretizado pelo juiz na acção resolutiva ou na acção de apreciação da declarada resolução. Num sistema de resolução judiciária, ou sempre que o devedor ponha em causa o exercício do direito potestativo de resolução, a apreciação valorativa do incumprimento é baseada numa análise global do contrato inexecutado (da sua natureza e das suas cláusulas) e na consideração do 'comportamento' total dos contraentes (particularmente da situação de expectativa do credor)" (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.132-133, grifos no original).

⁵³¹ Em sentido semelhante, afirma Grondona, para quem a possibilidade de atribuir ao juiz o controle da gravidade da lesão causada ao interesse do credor "*non significherebbe trasformare la risoluzione di diritto in risoluzione giudiziale, sterilizzando quindi l'esercizio di autonomia contrattuale. Si tratterebbe invece di includere fra i presupposti della risoluzione di diritto anche il criterio della non scarsa importanza dell'inadempimento, quale mezzo tecnico per assicurare il rispetto dell'economia del contratto, e purché fondato sull'utilizzo della buona fede 'individualista'*" (GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1031-1032, 2013). Em tradução livre: "não significaria transformar a resolução de direito em resolução judicial, esterilizando, portanto, o exercício da autonomia contratual. Tratar-se-ia, ao contrário, de incluir entre os pressupostos da resolução de direito também o critério da importância do inadimplemento, como meio técnico para garantir o respeito à economia do contrato, desde que fundado na aplicação da boa-fé 'individualista'."

⁵³² PUTTI, Pietro M. La risoluzione. Diritto civile. In: LIPARI, Nicolò. RESCIGNO, Pietro (Dir.). ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.1152.

equilíbrio econômico do contrato, conservando-se o interesse objetivo do credor no sinalagma contratual, a resolução extrajudicial não se terá verificado, porquanto não configurado o inadimplemento absoluto.

No que tange à assunção expressa de risco relativo à ocorrência de específico evento irresistível e necessário, cumpre ao magistrado verificar se sua superveniência causou, efetivamente, a impossibilidade ou inutilidade da prestação devida, hipótese em que não poderá deixar de reconhecer a validade e eficácia da resolução extrajudicial. Da mesma forma, constatado o vício oculto previsto na cláusula que torne a coisa inútil para os fins a que se destina, restará ao Estado-juiz reconhecer a resolução extrajudicialmente operada.

Nos termos propostos, a intervenção do Poder Judiciário não importará em violação à liberdade contratual, e garantirá que a resolução tenha lugar quando efetivamente presentes seus pressupostos, impedindo que seja utilizada como subterfúgio para que o credor, por mero capricho ou movido por interesses ilegítimos, livre-se de vínculo obrigacional capaz de implementar o programa contratual traçado pelas partes.

Por se tratar, a execução da cláusula resolutiva expressa, de faculdade atribuída ao credor, verificados os pressupostos que fazem nascer o direito à resolução, a ele, e apenas a ele, cabe optar, de forma soberana, entre exigir o cumprimento do contrato pelo equivalente, ou resolvê-lo. Optando pela resolução, ao magistrado é defeso, diante de eventual resistência do devedor, franquear-lhe a purga da mora.⁵³³

De toda forma – e isso é importante pontuar –, a ratificação da resolução pelo magistrado não a transforma em resolução judicial, pelo que a sentença é meramente declaratória, a operar efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da declaração receptícia do credor. Se, ao contrário, se tratasse de verdadeira resolução judicial, a sentença seria constitutiva.

Por todo o exposto, constata-se que a intervenção judicial na resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa depende da legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração de seu conteúdo, bem como da presença dos pressupostos da própria resolução. A inclusão de cláusula resolutiva expressa no contrato resulta de

⁵³³ Nessa direção, sustena Aurora Martínez Flórez: "[...] la citada cláusula impide que los tribunales puedan conceder un nuevo plazo al deudor para el cumplimiento en el supuesto de que consideraran que existen causas justificadas para ello; de manera que dichos pactos excluyen o, al menos,

decisão prévia das partes a respeito dos mecanismos de tutela de que disporá o credor, em caso de inadimplemento absoluto ou superveniência de determinado risco que impeça a consecução do resultado útil programado.

Dessa forma, a opção do credor pela resolução – desde que o exercício da autonomia privada se afigure legítimo e os pressupostos resolutivos se façam presentes – impede o Poder Judiciário de lhe impor remédio diverso. Do contrário, estar-se-á substituindo à vontade inicial dos contratantes, alterando a disciplina negocial e, conseqüentemente, o próprio equilíbrio do contrato, uma vez que a presença da cláusula resulta de complexa equação de distribuição dos riscos contratuais.⁵³⁴ Trata-se, em definitivo, de prática indesejável, que joga por terra instituto vocacionado à promoção de segurança jurídica e celeridade nas relações negociais, tão caros à sociedade contemporânea.

limitan las facultades de apreciación judicial en favor del deudor" (FLÓREZ, Aurora Martínez. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*. Madrid: Civitas, 1999. p.22).

⁵³⁴ Como anota Aurora Martínez Flórez, um dos objetivos da inclusão de cláusula resolutiva expressa nos contratos reside, justamente, em "*evitarse la siempre costosa intervención judicial*". Nesse sentido, prossegue: "*las cláusulas resolutorias expresas pueden ser vistas como mecanismos que reducen o pretenden reducir los costes del incumplimiento de los contratos*" (FLÓREZ, loc. cit.).

CONCLUSÃO

Apesar de sua extraordinária importância como mecanismo de gestão dos riscos, sobretudo diante da crescente complexidade das relações contratuais contemporâneas, a cláusula resolutiva expressa agoniza. A abordagem exclusivamente estrutural e a ausência de regime jurídico próprio, decorrente da atecnia do legislador de 1916 (que a confundiu com a condição resolutiva), da economia do legislador de 2002 (que pouco disse a seu respeito), e do silêncio da doutrina (que oferece produção escassa sobre o tema), certamente contribuem para o desprestígio do instituto, a dificultar, sobremaneira, seu manejo pelo operador do direito. Inadiável, enfim, identificar, sob o viés funcional, a disciplina própria da cláusula resolutiva expressa, a fim de lhe devolver os papéis que lhe têm sido diuturnamente negados.

O ponto de partida da investigação empreendida consistiu na correta identificação do fundamento da cláusula resolutiva expressa: a autonomia privada funcionalizada. Atribui-se às partes a legitimidade de, ao criar o vínculo jurídico, estabelecer em que situações ele poderá ser desfeito em razão de sua incapacidade de promover o resultado útil programado, seja por inadimplemento de obrigações essenciais à economia contratual, seja por assunção expressa de determinado risco por uma das partes ou por imputação pela própria teoria legal do risco. Sob tal perspectiva, tornou-se possível não só ampliar o âmbito de incidência da cláusula para além dos contratos bilaterais, permitindo sua aposição inclusive naqueles unilaterais, mas também reconhecer-lhe diversas outras funções, além da proteção do sinalagma.

Volta-se a cláusula resolutiva expressa à gestão positiva de riscos, concedendo ao contratante não inadimplente transferir ao devedor o risco de sua insatisfação, ou apenas disciplinar os efeitos decorrentes da concretização de riscos já imputados, pela lei, à contraparte. De regra, utiliza-se o instituto como mecanismo de gestão de específico risco contratual: o inadimplemento absoluto. No entanto, a autonomia privada faculta às partes valer-se da cláusula também para (a) redistribuir as perdas da superveniência de caso fortuito e força maior, bem como (b) para somente alterar os efeitos de alocação anteriormente feita pelo legislador, a exemplo do que ocorre quando se incluem vícios redibitórios no suporte fático da cláusula, a permitir ao

comprador, uma vez constatado o vício oculto que torne a coisa imprópria ao uso a que se destina, resolver a relação obrigacional extrajudicialmente, sem necessidade de ajuizamento de ação redibitória. Naturalmente, a ampliação do suporte fático da cláusula resolutiva expressa potencializa sua vocação de instituto voltado à autotutela, já que permite às partes tutelar, por si, seus interesses em uma gama maior de negócios.

A independência dogmática da cláusula pressupõe o seu descolamento de institutos que lhe são próximos, mas com ela inconfundíveis. Apesar das semelhanças, a diversidade de fontes, de fundamentos, de âmbitos de incidência, de suportes fáticos, de formas de atuação e, sobretudo, de funções, permite afirmar, sem relutâncias, que cláusula resolutiva expressa e cláusula resolutiva tácita não encerram, em absoluto, o mesmo instituto jurídico. Tampouco se confunde com a cláusula resolutiva expressa o pacto comissório – seja aquele previsto no artigo 1.163 do Código Civil de 1916, seja aquele proscrito expressamente do direito brasileiro, usado como mecanismo de garantia – e a condição resolutiva. Tais constatações abrem caminho para que se identifique o regime jurídico próprio da cláusula em exame.

Como expressão da autonomia privada, cabe às partes definir, soberanamente, o conteúdo da cláusula resolutiva expressa. Entretanto, como não há ato de autonomia imune a controle de legitimidade, impõe-se aos contratantes a observância de certos parâmetros inafastáveis.

Em primeiro lugar, a obrigação inserida na cláusula há de ser essencial, assim entendida, aquela indispensável para a consecução do escopo econômico do contrato, para a efetiva atuação do concreto programa negocial, e cuja inexecução, ou execução em inobservância aos termos fixados, configura inadimplemento absoluto. A essencialidade da obrigação deve ser aferida em consideração à unitária disciplina contratual: se o sentido da cláusula resolutiva expressa se constrói no contexto negocial do qual faz parte, o juízo de legitimidade se subordina a constante ir e vir da cláusula ao contrato. Nesse sentido, pode-se dizer, parafraseando Ortega e Gasset, que a cláusula resolutiva expressa é a cláusula resolutiva expressa e todas as suas circunstâncias.

Dois são os parâmetros pelos quais o intérprete deve se pautar na investigação em referência: o equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva. É essencial a obrigação que, no concreto regulamento de interesses, é relevante para a realização do programa negocial, sem a qual, portanto, não se alcança o resultado útil

perseguido pelos contratantes, e se desarranja o equilíbrio entre as prestações. A boa-fé objetiva, por sua vez, funciona como parâmetro de aferição da importância da obrigação no contexto da economia contratual, e afasta a inclusão, no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, de obrigações cuja inexecução não retire a utilidade da prestação para o credor.

A essencialidade da obrigação deve ser aferida tanto no momento genético do contrato, contemporâneo à sua celebração, como quando da efetiva resolução da relação obrigacional, uma vez que circunstâncias posteriores podem alterar a qualificação, tornando inválida cláusula aparentemente válida, ou afastando indício de invalidade presente na origem da celebração. A rigor, a distinção desses dois momentos da análise é meramente didática, porquanto a relação obrigacional é uma e dinâmica, a sujeitar-se permanentemente às vicissitudes supervenientes.

Os riscos passíveis de figurar na cláusula são aqueles que, uma vez concretizados, conduzem à disfuncionalização da relação obrigacional, ou, dito de outro modo, à incapacidade de o vínculo jurídico promover a função econômico-individual para o qual foi concebido. Podem os contratantes gerir acontecimentos inevitáveis e necessários, atribuindo a um deles, expressa e especificamente, as consequências de sua concretização. Assumindo o devedor a obrigação de prestar, a despeito da verificação do evento pré-determinado, a impossibilidade da prestação que dele resulte configura inadimplemento absoluto, e autoriza o credor a executar o contrato pelo equivalente ou a resolver a relação extrajudicialmente, sem prejuízo, em ambos os casos, da indenização por perdas e danos.

Podem também figurar como suporte fático da cláusula os vícios redibitórios. Os contratantes, valendo-se da alocação de riscos previamente determinada pelo legislador, pactuam, de antemão, que tipos de vícios ocultos comprometem irremediavelmente a utilidade da prestação para o credor, a dispensar o ajuizamento da ação redibitória para a resolução do negócio.

No que tange aos pressupostos necessários à resolução facultada pela cláusula resolutiva expressa, faz-se necessário, em primeiro lugar, (a) a efetiva configuração do inadimplemento absoluto da prestação por inexecução da obrigação constante da cláusula, ou (b) a superveniência do risco nela previsto.

O inadimplemento absoluto resta configurado diante da presença dos suportes fáticos objetivo – impossibilidade da prestação para o devedor ou sua inutilidade para o credor – e subjetivo – imputabilidade.

A impossibilidade total da obrigação referida na cláusula conduz, inevitavelmente, ao inadimplemento absoluto: se a obrigação é, de fato, essencial, sua execução se afigura imprescindível para a produção do resultado útil programado e, por conseguinte, para a satisfação do interesse do credor. Nesse caso, a configuração do inadimplemento absoluto do contrato se subordina à ratificação da essencialidade da obrigação e à sua impossibilidade imputável ao devedor.

Se a impossibilidade da obrigação for parcial, há que se investigar a extensão da lesão que a execução imperfeita da prestação causa ao interesse do credor: se a falta ofender substancialmente o interesse, tornando a prestação inútil para o credor, a impossibilidade parcial facultará a resolução.

A total inexecução da obrigação essencial – que abarca o aspecto temporal –, ainda possível para o devedor, configura inadimplemento absoluto. Constatados (a) o legítimo exercício da autonomia privada na elaboração da cláusula, (b) a conservação da essencialidade da obrigação, que não se alterou por interferência de circunstâncias supervenientes, e (c) a inexecução total e definitiva dessa obrigação, inquestionável a configuração do inadimplemento absoluto do contrato. Por outro lado, se a obrigação nunca foi ou deixou de ser essencial, sua total inexecução não impede a satisfação do interesse do credor, a afastar, em princípio, a resolução da relação obrigacional.

O cumprimento parcial ou inexato da obrigação essencial, por sua vez, desautorizará a resolução se, à luz da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato, importar em lesão mínima ao interesse do credor, incapaz de comprometer o atingimento do escopo econômico concretamente perseguido pelas partes. Em tal caso, não há inadimplemento absoluto, e sim adimplemento substancial da prestação, que não faz nascer o direito de resolver o vínculo.

Cuida-se, em verdade, de reconhecer a inafastabilidade daqueles dois parâmetros específicos para a conformação do inadimplemento absoluto (boa-fé objetiva e equilíbrio econômico do contrato). A análise não prescinde, de modo algum, da *fattispecie* concreta, e requer, de mais a mais, a consideração das características do credor, da legítima expectativa sobre a utilidade da prestação, e do seu comportamento diante da inexecução – a tolerância com a inexecução pode, por exemplo, servir de indício da manutenção de seu interesse em receber a prestação. Três critérios, no entanto, devem ser peremptoriamente afastados de exame em

pauta: o grau de culpa do devedor; a extensão do dano sofrido pelo credor – que pode sequer existir –, e a gravidade da lesão à obrigação inserida na cláusula.

Figurando como suporte fático da cláusula resolutiva expressa evento necessário e irresistível, a resolução ocorrerá se sua verificação impossibilitar ou inutilizar a prestação devida. Tratando-se de vício redibitório, a resolução dependerá de o defeito diminuir consideravelmente o valor da coisa ou lhe impedir de desempenhar a função a que se destina. No que tange ao último aspecto, a preocupação do intérprete deve ser com a gravidade da lesão causada pelo vício ao interesse do credor de obter a utilidade legitimamente esperada, e não com a gravidade do vício em abstrato: mesmo um pequeno defeito pode ser suficiente para impedir o emprego da coisa para o fim a que se destina. Nessa toada, deve-se sempre verificar se houve alguma estipulação contratual sobre o uso que o adquirente pretendia dar à coisa ou da especial função a ela atribuída, que podem ser diversos daqueles habitualmente ajustados.

O segundo pressuposto necessário à resolução extrajudicial é a não inadimplência do credor, vale dizer, que, como credor, não incorra em *mora creditoris*, e, como devedor, já tenha executado sua prestação ou não o tenha feito porque o termo ou a condição aposta a seu favor não se verificou – ou se verificou depois do inadimplemento do outro contratante. Inexistindo diversidade de termos de adimplemento para os contratantes, devem cumprir simultaneamente. Se nenhum deles se propõe a adimplir, poderá se valer da cláusula resolutiva o contratante a quem a prestação se torne inútil em razão da mora da contraparte, desde que se mostre apto a purgar a sua própria mora no momento em que invocar a resolução. Se, no entanto, ambas as partes incorrerem em inadimplemento absoluto concomitantemente, qualquer delas poderá tomar a iniciativa para resolver a relação.

Afasta-se, todavia, o pressuposto em referência quando a cláusula resolutiva expressa é aposta em contrato unilateral, ou quando de seu suporte fático constem situações qualificadas como vício redibitório, ou eventos inevitáveis e necessários que impossibilitam parcial ou temporariamente a obrigação, conduzindo à inutilidade da prestação.

Exige-se, por fim, a manifestação de vontade do credor no sentido de resolver extrajudicialmente a relação obrigacional. Em presença dos dois pressupostos anteriores, confere-se ao credor o direito de escolher entre demandar o cumprimento do contrato pelo equivalente ou resolver o vínculo obrigacional, nos termos do artigo

475 do Código Civil. Cuida-se de direito potestativo, ao qual se contrapõe a situação jurídica subjetiva de sujeição do devedor. Posto isso, a opção do credor é soberana, e nada poderá fazer o devedor, a não ser acatá-la e sujeitar-se às suas consequências.

Conquanto, de regra, a resolução não seja automática, e se processe mediante declaração receptícia de vontade, podem as partes ajustar, de forma expressa, a automaticidade da resolução, o que não transforma a cláusula resolutiva em condição resolutiva.

Diante da ausência de prazo legal para o credor exercer o direito potestativo conferido pela cláusula, recomenda-se que as próprias partes o fixem. Inexistindo a estipulação contratual, o credor poderá, a qualquer tempo, proceder à resolução, mas os direitos subjetivos provenientes dessa escolha estarão desprovidos de exigibilidade, caso já tenha se verificado a prescrição da pretensão do direito de crédito. Ainda assim, a resolução pode ser útil ao credor, pois sedimenta qualquer dúvida em relação à liberação das partes do cumprimento da prestação e dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, ressalvados aqueles que se protraem no tempo e incidem na fase pós-contratual.

Não se confunde, em definitivo, a declaração pela qual o credor resolve a relação obrigacional com a notificação para constituição em mora, exigida – inclusive em presença de cláusula resolutiva expressa – por algumas leis especiais. Não se trata de questão meramente terminológica; os pressupostos, o mecanismo de atuação e os efeitos são diversos em cada uma das situações. A constituição em mora pressupõe a mora, exige notificação judicial ou por meio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, e concede ao devedor prazo para pagar. A declaração resolutiva, por sua vez, requer o inadimplemento absoluto, admite qualquer mecanismo de comunicação para a manifestação de vontade resolutiva, e não abre ao devedor a possibilidade de cumprir a prestação, resolvendo, desde logo, a relação. As duas formalidades são, portanto, excludentes, razão pela qual não se pode exigir – salvo imposição legal – a constituição em mora do devedor como pressuposto para a resolução, sobretudo em relações paritárias.

A resolução é irrevogável. Uma vez manifestada a opção do credor por resolver a relação obrigacional, requer-se nova manifestação de vontade de ambas as partes para vincular outra vez credor e devedor, mediante a celebração de novo contrato, ainda que nos exatos termos do anterior. Exoneram-se, em relação ao novo

contrato, coobrigados e garantes vinculados à extinta relação. Diversamente, feita a escolha em favor da execução pelo equivalente do contrato, pode o credor, em presença do não cumprimento espontâneo pelo devedor, ou mesmo após o ajuizamento da ação com vistas à execução, optar pela resolução, desde que evento superveniente o autorize.

Presentes todos os pressupostos referidos, resolve-se a relação obrigacional, o que ocorre extrajudicialmente. Qualquer exceção a essa regra deve emanar da lei, e não da jurisprudência, como se passa, sobretudo, no âmbito de promessas de compra e venda. Em boa hora, em janeiro de 2015, editou-se a Lei n.º 13.097, que veio ratificar que "nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito", com o claro objetivo de corrigir o entendimento jurisprudencial sobre o tema. De todo modo, conquanto a resolução se processe extrajudicialmente, não se exime o credor de recorrer ao Judiciário para a obtenção dos efeitos materiais da resolução.

A resolução extingue a relação obrigacional e, em seu lugar, surge entre os contratantes uma relação de liquidação, no âmbito da qual se produzem os efeitos liberatório, restitutivo e ressarcitório. O efeito liberatório dispensa as partes de cumprir a prestação ainda não adimplida, mas não as exime de observar os deveres impostos pela boa-fé objetiva que incidam após a extinção do contrato, e tampouco libera o devedor das garantias prestadas ao credor. A conservação das garantias vai ao encontro de sua função assecuratória dos interesses do credor, o que é tanto mais imperioso diante de inadimplemento absoluto. Quando o credor opta pela resolução, não há mera extinção do débito, mas sua substituição pelas obrigações de restituir e de indenizar, que devem também ser asseguradas pela garantia prestada.

Pelo efeito restitutivo, ambos os contratantes restituem, *in natura*, tudo o que houverem recebido por força do contrato – salvo se se tratar de contrato de duração, em que a resolução não altera os efeitos já exauridos –, o que abarca, além do objeto da prestação, os frutos percebidos, independentemente de considerações acerca da fé das partes. Não sendo possível a restituição *in natura*, devolve-se o valor equivalente. Se a impossibilidade de restituir a própria coisa for do credor, não perde por isso o direito de resolver: a devolução *in natura* não é pressuposto da resolução, mas seu efeito.

Trata-se a restituição de efeito natural da resolução, pelo que partes paritárias podem pactuar a respeito de sua extensão. Todavia, em relação a terceiros, tal possibilidade não se coloca, e o efeito restitutivo apenas incidirá se, tratando-se de direito real sobre bem imóvel, a cláusula resolutiva expressa constar do respectivo Registro de Imóveis ou, no caso de bens móveis, se o terceiro tiver efetiva ciência da existência do contrato e de seu próprio conteúdo.

Se o devedor resistir à devolução do bem, nada mais restará ao credor senão ajuizar ação para a reintegração de posse, o que, contudo, não torna necessário o processamento judicial da resolução. As questões não se confundem: resolve-se o contrato extrajudicialmente e ajuíza-se a ação para a reintegração.

Por fim, o efeito ressarcitório impõe ao devedor inadimplente o dever de indenizar as perdas e danos sofridos pelo credor. Coerentemente com o retorno ao *status quo ante* imposto pela resolução, a indenização se dá pelo interesse negativo, que corresponde ao dano sofrido com a celebração do contrato, e abarca tanto os lucros cessantes – a exemplo do valor correspondente ao uso do bem por parte do devedor inadimplente, durante a vigência do contrato – como o dano emergente. Em presença de cláusula penal compensatória, poderá o credor pleitear seu pagamento na própria declaração pela qual manifesta seu desejo de resolver a relação obrigacional; do contrário, deverá ajuizar ação para que se liquide o dano.

Concebida em tais bases, a cláusula resolutiva expressa contribui para a criação de ambiente negocial mais seguro e previsível para os contratantes: permite-lhes preestabelecer, livre e conjuntamente, em que situações a relação poderá ser resolvida por não ser capaz de promover os interesses concretamente perseguidos, e faculta à parte lesada livrar-se imediatamente da relação disfuncional, imprestável à finalidade a que se dirige, sem que, para isso, tenha de se submeter às agruras de um processo judicial.

Para que as incontestáveis vantagens proporcionadas pela cláusula se tornem efetivas, imperioso que todos os aplicadores do direito reconheçam os efeitos que dela decorrem, mormente no que tange à extrajudicialidade da resolução. Ao permitir que o credor resolva, ele próprio, a relação obrigacional, a cláusula resolutiva expressa secundariza o papel do juiz na extinção do vínculo jurídico, que será chamado a atuar *a posteriori* e, de regra, por iniciativa do devedor.

A opção do credor pela resolução extrajudicial reduz substancialmente as matérias passíveis de apreciação judicial, cingindo-se a atividade jurisdicional ao

exame de duas questões principais: a validade da cláusula e a presença dos pressupostos necessários à resolução.

No que tange à validade da cláusula, ao Estado-juiz se reconhece a possibilidade de controlar a legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração do seu conteúdo, investigando se as partes observaram a boa-fé objetiva e o concreto equilíbrio econômico do contrato. Confirmada sua validade, a avaliação das partes sobre a essencialidade da obrigação é soberana, a impedir sua requalificação pelo intérprete.

Com relação à efetiva configuração do inadimplemento absoluto do contrato, importa verificar, em primeiro lugar, se a execução da obrigação essencial ainda é possível; tendo se tornado impossível, configura-se o inadimplemento absoluto. Se for possível, cumpre analisar se a inexecução da obrigação essencial é total ou parcial. No primeiro caso, se a obrigação essencial envolver também termo essencial, há inadimplemento absoluto, a autorizar a resolução extrajudicial e afastar a ingerência judicial. No segundo, o Poder Judiciário poderá afastar a resolução tão somente na hipótese de a lesão ao interesse do credor se revelar desprezível, insuficiente à frustração da finalidade a que se destina a prestação. Referida análise há de ser desenvolvida no contexto da concreta economia contratual, servindo-se do equilíbrio econômico do negócio e da boa-fé objetiva como parâmetros insuperáveis.

Nos termos propostos, a intervenção judicial não importará em violação à liberdade contratual, e garantirá que a resolução tenha lugar quando efetivamente presentes seus pressupostos, impedindo que seja utilizada pelo credor como subterfúgio para livrar-se de vínculo obrigacional capaz de lhe proporcionar a utilidade que dele se espera.

Eis, portanto, o regime jurídico da cláusula resolutiva expressa sob perspectiva funcional, que garante o justo equilíbrio entre as posições contratuais, homenageando a autonomia privada sem sufocar os interesses do devedor, e que não afasta a atuação judicial, mas fornece ao intérprete o instrumental teórico necessário para que aprecie a cláusula concretamente inserida no contrato, de modo a permitir que se produzam todos os seus efeitos, especialmente, a resolução extrajudicial.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato no direito civil português*. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.6, t. 2.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 8.ed. rev. Coimbra: Almedina, 2000.

ALPA, Guido. Rischio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989. v.40.

_____. *Manuale di diritto privato*. 8.ed. Padova: CEDAM, 2013.

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v.1.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ANDREOLI, Giuseppe. Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale. In: D'OVIDIO, Antonio Lefebvre; MESSINEO, Francesco. *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*. Bologna: Zanichelli, 1953. v.3, p.1-23.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2005. v.1.

_____. *Das obrigações em geral*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2006. v.2.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria geral: acções e factos jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v.2.

ASSIS, Araken de. Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.44, p.20-23, out. 1994.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

BAPTISTA, Daniela. Da cláusula resolutiva expressa. In: GONÇALVES, Luís Couto et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012. p.197-226.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de engenharia e construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex, 2011. p.13-42.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.13, p.97-110, jan./mar. 2003.

BARENGHI, Andrea. Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Dir.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.296-325.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, p. 60-77, nov. 1993.

BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.39-46.

BERTACO, Cristina de Cássia. *Cláusula resolutive expressa*. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

BERTINO, Lorenzo. Rilevante gravita dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa. *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano*, Padova, v.28, n.1, p.106-125, 2012.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Da compra e venda, promessa, reserva de domínio e alienação fiduciária em garantia*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. v.1.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11.ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958. v.4.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12.ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1959. v.1.

BIANCA, Massimo C. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el Derecho Privado Europeo. In: CÓRDOBA, Marcos M. (Dir.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 2. p.191-204.

BIANCA, Mirzia. Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n.1, p.789-815, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.21, p.95-119, jan./mar. 2005.

_____. Constituição de direito civil: tendências. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.343-364.

BRASIL. Código Civil. *Código Civil: quadro comparativo 1916/2002*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 649, de 11 de março de 1949. Autoriza o Poder Executivo a dar nova redação ao artigo 22, do Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre as escrituras de compromisso de compra e venda de imóveis loteados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0649.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n.º 745, de 7 de agosto de 1969. Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, e dá outras providências. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/126053/decreto-lei-745-69>>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 6.099, de 12 de setembro de 1974. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6099.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.188, de 12 de fevereiro de 2001. Cria o Programa de Arrendamento Residencial, institui o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10188.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Lei n.º 13.097, de 19 de janeiro de 2015. Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP, da COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita de vendas e na importação de partes utilizadas em aerogeradores; prorroga os benefícios previstos nas Leis nos 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.440, de 14 de março de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 12.375, de 30 de dezembro de 2010; altera o art. 46 da Lei no 12.715, de 17 de setembro de 2012,... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13097.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BUSNELLI, Francesco Donato. Clausola resolutiva. *Enciclopedia del diritto*, Milano, v.7, p.196-201, 1960.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antônio da Silva. Cessão de contratos In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.39-54.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado". In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contractos: atualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p.49-66.

_____. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.25, p.3-26, 2.º sem. 2003.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.61-109.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de critérios na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.367-385.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 4.ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. 1.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1935. v.11.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. 10.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v.8.

CASCIO, Salvatore Orlando. *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*. Milano: Giuffrè, 1938.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão de fato – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. v.1.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6.ed.rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea: 2004.

CODE Civil des Français, de 21 de março de 1804. Disponível em :
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>.
Acesso em: 30 out. 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. PIS/Cofins não cumulativos – contratos de "EPC" para a construção de bens do ativo imobilizado – momento de reconhecimento do crédito e sua base de cálculo – o Recap e suas consequências fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.182, p.145-157, nov. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Pedro de Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.45-68.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. 2.ed. mel. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1950.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v.2.

_____. *Programa de direito civil: teoria geral*. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino et al. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999.

DI MARZIO, Fabrizio. Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.52, n.3, p.395-426, maio/jun. 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. Madrid: Civitas, 1996. v.2.

_____. *Los incumplimientos resolutorios*. Madrid: Civitas, 2005.

DUARTE, Adriana Dardengo. *A quebra do contrato por repúdio antecipado no direito brasileiro*: proposta de aplicação de uma teoria. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Tradução de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944. v.1, t. 2.

ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos inominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953.

_____. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do Novo Código Civil brasileiro*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALZEA, Angelo. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1941.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2001. v.2.

FARIA, Nuno Serrão. Crítica ao paradigma da mora do devedor, por referência à perda de interesse do credor. Perspectiva de análise económica. *JusNet*, n.136, 2012. Disponível em: <http://www.plmj.com/xms/files/Artigos_Opiniao/2012/Critica_ao_paradigma_da_mora_do_devedor_por_referencia_a_perda_de_interesse_do_credor__Perspectiva____.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2015.

FAVALE, Rocco. Presentazione. In: STAUB, Hermann. *Le Violazioni Positive del Contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p.7-34.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produtor de riscos. *Prima Facie - Direito, História e Política*, v.12, n.22, p.64-85, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4507>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FERREIRA, Durval. *Negócio jurídico condicional*. Coimbra: Almedina, 1998.

FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

FLÓREZ, Aurora Martínez. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*. Madrid: Civitas, 1999.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.19, p.109-119, jul./set. 2004.

FRAGA, Affonso. *Direitos reais de garantia*: penhor, antichrese e hypotheca. São Paulo: Saraiva, 1933.

GABRIELLI, Enrico. Storia e dogma dell'oggetto del Contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.50, n.2, p.327-348, mar./abr. 2004.

GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Tradução de Francisco de P. Blasco Gascó e Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

GARCIA, Rebeca dos Santos. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, p.69-103, ou./dez. 2013.

_____. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro*: função e estrutura. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

GAROFALO, Luigi. Garanzia per vizi e azione redibitória nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.47, p.243-294, jan./fev. 2001.

GARRIDO, María Luisa Palazón. El remedio resolutorio en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones en España: un estudio desde el derecho privado europeo. In: DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez (Dir.); GARRIGO, María Luisa Palazón; SERRANO, María Del Mar Méndez (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p.423-447.

GERI, Lina Bigliazzi. *Profili sistematici dell'autotutela privata*: introduzione. Milano: Giuffrè, 1971. t. 1.

GIACOBBE, Emanuela. Gli elementi accidentali: la condizione. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Dir.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni*: il contratto in genere. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.399-482.

GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento: corso di diritto civile*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1975.

_____. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.747, p.35-55, jan. 1988.

GOMES, Orlando. *Resolução de venda por defeito de qualidade da coisa: questões de direito civil (pareceres)*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.73-79.

_____. *Vício redibitório e falta de qualidade da coisa: questões de direito civil (pareceres)*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.347-351.

_____. *Introdução ao direito civil*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Contratos*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Obrigações*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3.

GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*. Napoli: Jovene Editore, 1973.

GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I Contratti*, Milano, v.21, n.11, p.1021-1033, 2013.

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

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Guedes-e-Terra-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2.ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

IBARGUREN, Carlos. *Apuntes de derecho romano: obligaciones*. Buenos Aires: Virtus, 1932.

KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, v.406, p.55-86, 2009.

_____. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.43, p.33-75, jul./set. 2010.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.24, n.99, p.101-123, maio/jun. 2015.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.2. p.265-297.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916.

LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. *Elementos de derecho civil: Parte general - Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. 3.ed. rev. e atual. Madrid: Dykison, 2005. v.3.

LANDO, Ole. Is good faith an overarching general clause in the principles of European contract law? In: ANDENAS, Mads et al. *Liber amicorum Guido Alpa: private law beyond the national systems*. London: British Institute of international and Comparative Law, 2007. p.601-613.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela: l'adempimento dedotto in condizione*. Milano: Giuffrè, 1996.

LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro: dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2, t. 2.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.609-648.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MACARIO, Francesco. Equilibrio delle prosizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.131-163.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARCELLO, Daniela. L'uso della condizione in prospettiva rimediale. In: ALCARO, Francesco (Org.). *La condizione nel contratto: tra 'atto' e 'attività'*. Padova: CEDAM, 2008. p.385-413.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p.653-685.

_____. Responsabilidade contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.409-431.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5, t. 2.

_____. Notas sobre o princípio da função social do contrato. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n.37, p.17-21, ago./set. 2004.

_____. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n.25, p.20-22, abr./jun. 2010.

_____. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p.559-595.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direito das obrigações*. Reimp. 1980, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. v.1.

_____. *Direito das obrigações*. Reimp. 1986. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. v.2.

_____. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1.

_____. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. t. 4.

MEORO, Mario E. Clemente. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINERVINI, Enrico. Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.17-26.

MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

MONGILLO, Roberta. *Inadempimento e risoluzione di diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A 'hardship clause' e o problema da alteração das circunstâncias. In: VAZ, Manuel Afonso; LOPES, J. A. Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*. Coimbra: Coimbra Editoria, p.17-40, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOSCATI, Enrico. Autonomia privata e giustizia contrattuale (note minime sul controllo del contenuto del contratto e della congruità dei termini dello scambio). In: *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*. Milano: Giuffrè, 2010. t. 2. p.1201-1220.

MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v.2.

MURARO, Giovanni. L'inadempimento prima del termine. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.21, 1.^a parte, p.248-301, 1975.

NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p.571-652.

_____. *Enriquecimento sem causa*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.221-253.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Pressupostos para a compreensão da estrutura axiológica do moderno direito das obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.99, n.897, p.9-19, jul. 2010.

NOCERA, Ivan Libero. Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentada*, Padova, v.26, n.3, p.239-248, mar. 2010.

NICOLÒ, Rosario. Alea. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. v.1. p.1024-1031.

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.1.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PENTEADO, Mauro Bardawil. *O penhor de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. *A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro*. Curitiba: Oficinas de Aprendizagem do SENAI, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

_____. *Instituições de direito civil*. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.2.

_____. *Instituições de direito civil*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.4.

_____. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.1.

_____. *Instituições de direito civil*. 19.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.3.

PEREIRA, Lafayette R. *Direito das coisas*. 6.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

PERLINGIERI, Pietro. Nuovi profili del contratto. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.21, n.3, p.543-571, 2000.

_____. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.49-61.

_____. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p.165-176.

_____. Autonomia privata e diritti di credito. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.23-35.

_____. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

_____. I mobili confini dell'autonomia privata. In: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.13-22.

_____. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v.1/5, p.188-216, 2005.

_____. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 2.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

_____. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25.

_____. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985.

PRISCO, Nicola di. Gli itinerari dell'autonomia privata. In: *Il contratto*: Silloge in onore di Giorgio Oppo. Padova: CEDAM, 1992. v.1. p.93-113.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DE LISBOA. Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 30 out. 2015.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. A cláusula resolutiva expressa como síntese da autonomia e da heteronomia: considerações a partir da análise de uma decisão judicial. In: GONÇALVES, Luís Couto et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012. p.7-43.

PUTTI, Pietro M. La risoluzione. Diritto civile. In: LIPARI, Nicolò. RESCIGNO, Pietro (Dir.). ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2009. v.3, t. 2. p.1133-1174.

REGIO DECRETO, 16 marzo 1942, n.º 262. Approvazione del testo del Codice Civile (Gazzetta Ufficiale, n.º 79 del 4 aprile 1942). Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>>. Acesso em: 30 out. 2015.

RESCIGNO, Pietro. Condizione (Dir. vig.). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè. v.8. p.762-801.

RIVA, Ilaria. A propósito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v.67, n.1, p.203-217, mar. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Do pacto comissório. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.10, p.214-230, mar. 1983.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

_____. *Direito civil*. 30.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3.

ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006. v.5.

_____. *Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011.

ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012.

SACCO, Rodolfo. *Il contratto*. Torino: UTET, 1993. v.2.

_____. Garanzie e autonomia contrattuale. In: AJANI, Gianmaria et al. (Org.). *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*. Napoli: Jovene Editore, 2011. p.439-452.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Il contratto. In: SACCO, Rodolfo (Dir.). *Trattato di diritto civile*. 3.ed. Torino: UTET, 2004. t. 1-2.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9.ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012.

SANTOS JUNIOR, Eduardo. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARTORI, Filippo. *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

SAVI, Sérgio. *Reponsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da Intervenção*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Good faith in German law and International Uniform Laws*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.8, n.32, p.3-27, out./dez. 2007.

_____. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.49-60.

_____. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.119-137.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957. v.2.

_____. *Curso de direito civil*. 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961. v.3.

_____. *Curso de direito civil*. 8.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v.1.

SERVER, Rafael Verdera. *Inadempimento e risoluzione del contratto*. Padova: CEDAM, 1994.

SICCHIERO, Gianluca. *La risoluzione per inadempimento: arts. 1.453-1.459*. Milano: Giuffrè, 2007.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1987.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Cessão de posição contratual. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p.394-408.

SIMONETTO, Ernesto. Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p.1.042-1.080, 1981.

SMIROLDO, Antonino. *Profili della risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1982.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n.50, p.35-91, abr./jun. 2012.

SPADAFORA, Antonio. *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*: prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

SPALLAROSSA, M. Rosa. Importanza dell'inadempimento e risoluzione del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.18, n.2, p.452-480, 1972.

STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*, São Paulo, v.32, n.151, p.229-240, set. 2007.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 7.ed. rev. e atual., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 1. p.1-23.

_____. Notas sobre a função social do contrato. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 145-155.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v.2.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v.3.

TEPEDINO, Gustavo; 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.29-44.

_____. *Código Civil comentado: direito das obrigações*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O chamado inadimplemento antecipado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.15, n.60, p.135-157, out./dez. 2014.

_____. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

_____. Disgorgement of profits in Brazilian law. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Org.). *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*. London: Springer, 2015. p.445-458.

TREITEL, Guenter Heinz. *The law of contract*. 6.ed. London: Stevens and Sons, 1983.

TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.48, n.5, p.637-648, set./out. 2002.

_____. Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v.54, n.3, p.341-359, maio/jun. 2008.

_____. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010.

TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.5, p.235-261, n.18, abr./jun. 2004.

VALLE FERREIRA, José Gaenaert do. Resolução da compra e venda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.139, p.23-31, jan./fev. 1952.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.3.

VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.3. p.767-807.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 16.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18.ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009. v.2.

WAYAR, Ernesto C. *Evicción y vicios redhibitorios*. Buenos Aires: Astrea, 2001. v.3.

ZIMMERMANN, Reinhard. Breach of contract and the remedies under the new german law of obligations. *Saggi, Conferenze e Seminari*, Roma, n.48, p.1-49, 2002.

_____. *El nuevo derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la Historia y El Derecho comparado*. Tradução de Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008.