



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito
Faculdade de Direito

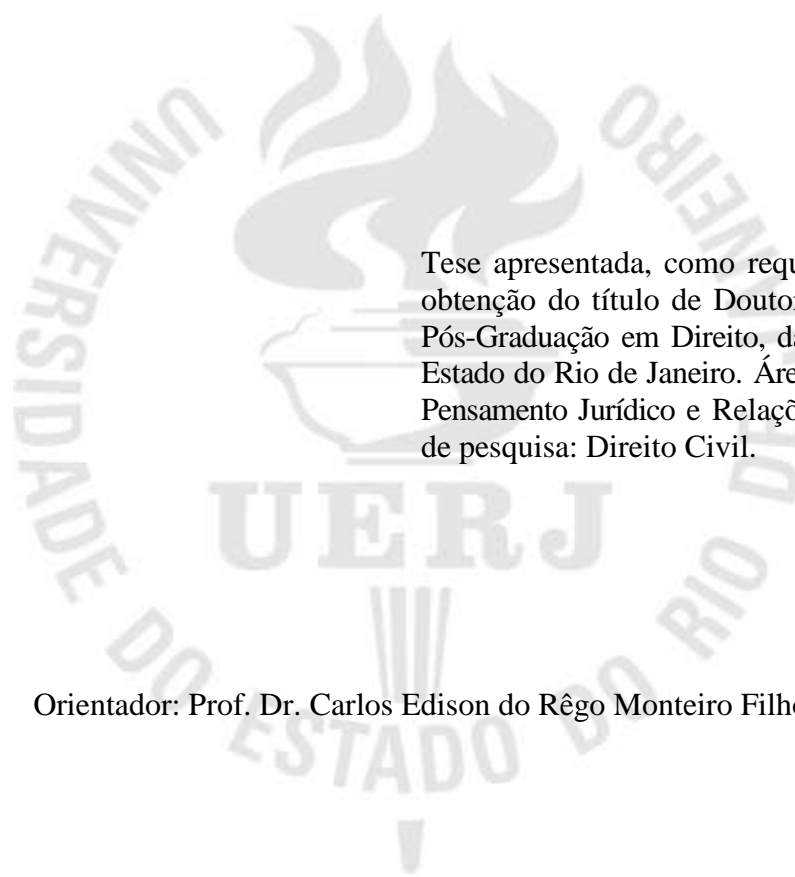
Demétrius Coelho Souza

Cláusula resolutiva expressa
nos contratos de compra e venda de bens imóveis

Rio de Janeiro
2017

Demétrius Coelho Souza

**Cláusula resolutiva expressa
nos contratos de compra e venda de bens imóveis**



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. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2017

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

S729

Souza, Demétrius Coelho.

Cláusula resolutiva expressa nos contratos de compra e venda de bens imóveis / Demétrius Coelho Souza. - 2017.

218 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Resolução (Direito civil) –Teses. 3. Negócio jurídico Contratos – Teses. I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.74

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

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

Assinatura

Data

Demétrius Coelho Souza

**Cláusula resolutiva expressa
nos contratos de compra e venda de bens imóveis**

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 fevereiro de 2017

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Maria Celina Bodin de Moraes
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense

Prof.^a Dra. Rita de Cassia Resqueti Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

À Patrícia e à nossa pequenina Letícia,
com amor.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por ter permitido que este trabalho chegasse ao fim. Após quatros anos de estudos na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), a elaboração e apresentação da tese refletem toda uma pesquisa realizada em torno do assunto proposto, agora submetido à apreciação da banca examinadora.

Um trabalho desta natureza, evidentemente, não teria chegado ao fim sem a ajuda de muitas pessoas.

À Patrícia de Aquino Araujo, minha esposa, devo muito. Paciente, entendeu a importância do curso de doutorado, tendo sempre demonstrado apoio incondicional. Não mediu esforços para cuidar de nossa filha Letícia, justamente para que eu pudesse me dedicar aos créditos e à redação da tese. A você Patrícia, o meu mais sincero agradecimento.

Aos amigos professores do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Campus Londrina, que, mediante substituições e trocas de aulas, possibilitaram o meu comparecimento semanal à UERJ, por dois anos ininterruptos. Deixo aqui registrado um agradecimento especial ao Professor Giovanne Henrique Bressan Schiavon por ter, então na qualidade de coordenador de curso, viabilizado minhas idas para a cidade do Rio de Janeiro, visando completar o número de créditos exigidos pela instituição. Registro, também, meus sinceros agradecimentos à atual coordenadora do curso de direito, Professora Patrícia Eliane da Rosa Sardeto, cuja ajuda foi fundamental para que eu pudesse me ausentar das atividades docentes por quinze dias, visando realizar pesquisas na Université Paris 1 Panthéon Sorbonne e Université de Versailles.

Nesse sentido, agradeço à hospitalidade da Sra. Nélia de Oliveira Macedo, na cidade do Rio de Janeiro e ao casal Bernard e Neusa Gardes, na cidade de Saint-Quentin-en-Yvelines, em muito facilitando meu comparecimento na UERJ e as pesquisas que realizei na França, respectivamente.

Do escritório, agradeço aos advogados André Felipe Silva Puschel e Marília Barros Breda, que, de forma exemplar, supriram minha parcial ausência nas questões do dia a dia forense, superando as dificuldades e adversidades. Ainda do escritório, também agradeço aos amigos e companheiros Magno Alexandre Silveira Batista e Marcello Pereira Costa, principalmente por terem se ocupado, com muito mais atenção, da obra em construção.

Muito antes de ingressar no curso de doutorado, agradeço imensamente o incentivo e apoio dos então professores e hoje amigos Sônia Letícia de Melo Cardoso e

Zulmar Fachin bem como a receptividade com que os Professores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin me receberam em seus respectivos escritórios. Cada um, à sua maneira, levou-me a refletir sobre a construção do pensamento crítico, o que, de certa forma, procurei transportar para este texto. Sou muito grato, também, à Professora Maria Celina Bodin de Moraes. Além de suas aulas, sua inteligência ímpar leva à constante reflexão. Com ela aprendi que uma tese deve apresentar, na medida do possível, um viés prático, buscando soluções concretas.

Após todas as leituras e pesquisas realizadas, percebi que uma tese de doutorado é um trabalho quase sempre inacabado. Haverá sempre algo a acrescentar ou a melhorar. Pela ajuda nas pesquisas, agradeço à discente e hoje advogada Amanda Cristina Pereira, que, durante o último ano de graduação, em muito auxiliou com textos e referências bibliográficas.

Da UERJ, agradeço à Sônia Leitão pela presteza de sempre e a todo o corpo de professores do doutorado, em especial aos docentes Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Emílio Enrique Dellasoppa, José Ricardo Ferreira Cunha, Marcos Alcino de Azevedo Torres, Maria Celina Bodin de Moraes e Maurício Jorge Pereira da Mota. Aos mestres, o meu mais sincero agradecimento pelas aulas ministradas e lições de vida transmitidas.

Da turma de doutorado 2013, agradeço aos amigos Aline de Miranda Valverde Terra, Eduardo Nunes de Souza e Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, companheiros de alegrias e sempre dispostos a ajudar. Agradeço, também, o convívio com amigos que fiz pelo caminho: Deborah Pereira Pinto dos Santos, Fabiano Pinto Magalhães, Eduardo Heitor da Fonseca Mendes, Fábio Severiano do Nascimento, Fernanda Paes Leme Peyneau Rito, Julia Ribeiro de Castro, Luciana Mota, Pedro Pontes de Azevedo e Thiago Souza.

Não poderia deixar de registrar um agradecimento muito especial ao querido orientador Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Dentre tantas atribuições – Procuradoria-Geral do Estado, docência, advocacia – jamais mediu esforços para encontrar espaço em sua agenda para uma boa e certa orientação. Suas afáveis palavras de incentivo certamente contribuiriam para que esse texto chegasse ao fim, com as necessárias reflexões. A ele devo muito do meu crescimento como pessoa, advogado e professor.

Agradeço, igualmente, aos Professores Doutores Maria Celina Bodin de Moraes, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Gilvan Luiz Hansen e Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador que, apesar de seus muitos afazeres, gentilmente aceitaram o convite para

participar da banca examinadora. No mesmo sentido, registro o meu agradecimento à Professora Doutora Angela Maria Pelizer de Arruda, pelas sugestões, revisões e correções gramaticais.

Por fim, deixo aqui registrado o meu carinho à Família Araujo, à Família Kroeze, ao meu irmão e irmãs. À minha querida mãe Maria Lúcia e ao meu querido e saudoso pai, Carlos, exemplo de dedicação à docência.

RESUMO

SOUZA, Demétrius Coelho. **Cláusula resolutiva expressa nos contratos de compra e venda de bens imóveis**. 2017. 218 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A partir da autonomia privada conferida pelo ordenamento jurídico, a presente tese busca analisar a possibilidade de os contratantes acordarem, no âmbito do negócio jurídico, cláusula resolutiva expressa prevendo a resolução do contrato de compra e venda de bens imóveis. Assim, ocorrendo algum caso previsto no contrato pelas próprias partes, defende-se o posicionamento, tal como ocorre no direito alemão, de que o negócio jurídico possa ser resolvido independentemente da intervenção do Poder Judiciário. Essa postura, entretanto, contradiz com o que hoje prevalece no direito brasileiro, que, seguindo a escola francesa, reputa imprescindível a intervenção judicial para que o contrato seja resolvido. Nessa medida, entende-se que se a cláusula resolutiva estiver expressa e muito bem delineada, não há óbice algum à sua plena e imediata aplicabilidade, revelando-se absolutamente desnecessário o longo e custoso caminho judicial. Propõe-se, pois, a plena aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa prevista no art. 474 do Código Civil Brasileiro, sob pena de o instituto ser mal ou subutilizado. Esse posicionamento está em conformidade com os princípios que atualmente regem o direito obrigacional e contratual, notadamente o da boa-fé objetiva e os deveres laterais de lealdade e cooperação, ressaltando que credor e devedor não mais devem ser vistos como partes antagônicas de uma relação obrigacional, mas sim colaboradores no sentido de buscar o pleno cumprimento de uma obrigação, aqui representado pelo pagamento. Sob essa perspectiva, procura a tese tratar do instituto sob sua forma funcionalizada, dando guarida ao seu aspecto dinâmico. Para tanto, compara sua aplicação aos direitos alemão, francês, português e italiano. Trata, igualmente, das espécies e vicissitudes dessa cláusula, procurando apontar suas principais peculiaridades. Além disso, aborda os perfis do direito à resolução dos contratos, ocasião em que estuda o incumprimento absoluto e relativo de uma obrigação, relacionando-os à cláusula resolutiva expressa. Na sequência, trata da teoria do inadimplemento substancial, concluindo o estudo que a cláusula resolutiva, ainda que expressa, deve sucumbir à satisfação quase que integral de um contrato. Por fim, versa a tese sobre a aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa nos contratos de compra e venda de bens imóveis propriamente ditos, ocasião em que se analisa os elementos funcionalizados desse contrato, os aspectos dinâmicos das relações obrigacionais e reais e o direito de retenção. Reitera-se, no derradeiro item, a desnecessidade de o Poder Judiciário intervir para se obter a resolução de um contrato ante a existência de expressa cláusula resolutiva, privilegiando, como afirmado, a autonomia privada conferida pelo ordenamento jurídico às partes contratantes.

Palavras-chave: Autonomia privada. Negócio jurídico. Inadimplemento. Cláusula resolutiva.

Resolução. Funcionalização. Institutos.

RIASSUNTO

SOUZA, Demétrius Coelho. **Clausola risolutiva espressa in contratto di compravendita di beni immobili**. 2017. 218 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A partire dall'autonomia privata conferita dall'ordinamento giuridico, la presente tesi si propone di analizzare la possibilità di accordo tra i contraenti, nell'ambito del negozio giuridico, clausola risolutiva espressa che prevede la risoluzione del contratto di compravendita di beni immobili. In questo modo, caso si verifichi quanto previsto nel contratto dalle proprie parti, si difende la posizione, così come avviene nel diritto tedesco, in cui il negozio giuridico può essere risolto a prescindere dall'intervento del Potere Giudiziario. Questa posizione, tuttavia, contraddice quello che prevale attualmente nella legislazione brasiliana, che, seguendo la scuola francese, reputa imprescindibile l'intervento giudiziale per la risoluzione del contratto. In questo senso, resta inteso che se la clausola risolutiva viene espressa e molto ben delineata nel contratto, non vi è alcun ostacolo alla sua totale e immediata applicabilità, rivelandosi assolutamente inutile il lungo e costoso percorso giudiziale. Si propone, quindi, la totale applicabilità della clausola risolutiva espressa prevista nell'art. 474 del Codice Civile Brasileiro, per evitare che l'istituto venga male o poco utilizzato. Questa posizione è in linea con i principi che attualmente disciplinano il diritto obbligatorio e il diritto contrattuale, in particolare quello della buona fede oggettiva e i doveri che ne decorrono di lealtà e di cooperazione, notando che il creditore e il debitore non devono più essere visti come parti antagoniste di un rapporto obbligatorio, bensì collaboratori al fine di ottenere il totale adempimento di un obbligo, qui rappresentato dal pagamento. Da questo punto di vista, la tesi cerca di trattare l'istituto sotto la sua forma funzionalizzata, accogliendo il suo aspetto dinamico. Per tanto, compara la sua applicazione ai diritti tedesco, francese, portoghese e italiano. Tratta, allo stesso modo, le specie e vicissitudini di questa clausola, cercando di evidenziare le sue principali peculiarità. Inoltre, aborda i profili del diritto per la risoluzione dei contratti, quando studia l'inadempimento assoluto e relativo di un'obbligo, mettendolo in relazione alla clausola risolutiva espressa. Di seguito, tratta la teoria dell'inadempimento sostanziale, concludendo lo studio che la clausola risolutiva, anche se espressa, deve arrivare al quasi totale assolvimento di un contratto. Infine, la tesi tratta sull'applicabilità della clausola risolutiva espressa nei contratti di compravendita di beni immobili, dove analizza gli elementi funzionalizzati del riferito contratto, gli aspetti dinamici dei rapporti obbligazionari e reali e il diritto di ritenzione. Si reitera, nell'ultimo item, la non necessità dell'intervento del Potere Giudiziario al fine di ottenere la risoluzione di un contratto in vista dell'esistenza di espressa clausola risolutiva, privilegiando, come affermato, l'autonomia privata conferita dall'ordinamento giuridico alle parti contraenti.

Parole chiavi: Autonomia privata. Negozio giuridico. Inadempimento. Clausola risolutiva.

Risoluzione. Funzionalizzazione. Istituti.

RÉSUMÉ

SOUZA, Demétrius Coelho. **Clauses résolutoires expresse dans le contrat d'achats et ventes de biens immobiliers.** 2017. 218 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A partir de l'autonomie privée attribuée par l'ordre juridique, la présente thèse cherche à analyser la possibilité, pour les contractants, dans le cadre d'une affaire juridique, de négocier des clauses résolutoires prévoyant la résolution du contrat d'achats et ventes de biens immobiliers. Ainsi, dans le cas où se produise une situation prévue par les contractants dans le cadre du contrat, il est soutenu que, comme dans le droit allemand, l'affaire juridique puisse se résoudre indépendamment de l'intervention du Pouvoir Judiciaire. Cette position, cependant, est contraire à ce qui, aujourd'hui, domine dans le droit brésilien qui, en accord avec l'école française, considère indispensable l'intervention judiciaire pour la résolution du contrat. Dans cette mesure, il est convenu que si la clause résolutoire est exprimée clairement dans le contrat, il n'y a aucun empêchement à sa pleine et immédiate application, rendant absolument inutile la longue et coûteuse voie judiciaire. Il est proposé ainsi la pleine applicabilité de la clause résolutoire exprimée, prévue dans l'article 474 du Code Civil Brésilien, faute de quoi, l'institut serait mal ou sous-utilisé. Cette position est conforme aux principes qui régissent actuellement les droits des obligations et des contrats, notamment ceux de la bonne foi objective et les devoirs latéraux de loyauté et coopération, mettant en valeur le fait que créancier et débiteur ne doivent plus être vus comme parties antagoniques d'une relation d'obligation mais comme collaborateurs cherchant l'accomplissement total d'une obligation, ici représentée par le paiement. Sous cette optique, la thèse traite l'institut sous sa forme fonctionnelle, mettant en relief son aspect dynamique. Pour cela, elle compare son application dans les droits allemand, français, portugais et italien. Elle traite également des spécificités et vicissitudes de cette clause, essayant d'établir ses principales particularités. De plus, elle aborde les profils du droit face à la résolution des contrats, étudiant, à l'occasion, le non-respect absolu et relatif d'une obligation, les reliant à la clause résolutoire exprimée. Ensuite, elle traite de la théorie de la performance substantielle, concluant que la clause résolutoire, même exprimée, doit céder à la satisfaction quasi intégrale d'un contrat. Finalement, la thèse expose l'applicabilité de la clause résolutoire exprimée dans des contrats d'achats et ventes de biens immobiliers proprement dit, occasion où sont analysés les éléments fonctionnels du contrat, les aspects dynamiques des relations obligatoires et réelles et le droit de rétention. Elle réitère, dans le dernier item de cette dernière partie, l'inutilité de l'intervention du Pouvoir Judiciaire afin d'obtenir la résolution d'un contrat face à l'existence d'une clause résolutoire exprimée, privilégiant, comme exposé, l'autonomie privée attribuée par l'ordre juridique aux parties contractantes.

Mots-clés: Autonomie privée. Affaire juridique. Rupture de contrat. Clause résolutoire.

Résolution. Fonctionnalisation. Instituts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONCEITUAÇÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA	14
1.1 Delineamentos temporais: as origens do instituto	14
1.2 Delineamentos espaciais: os sistemas alemão e francês	22
1.3 Critérios intermediários: os sistemas português e italiano	34
1.4 Aspectos dinâmicos da cláusula resolutiva expressa	43
1.5 Espécies e vicissitudes das cláusulas resolutivas	57
2 PERFIS DO DIREITO À RESOLUÇÃO CONTRATUAL	78
2.1 A resolução nas diversas modalidades de contrato	78
2.2 Incumprimento relativo e absoluto da obrigação	90
2.3 A boa-fé e a cláusula resolutiva	107
2.4 Figuras afins: rescisão e resilição	132
2.5 O adimplemento substancial	141
3 A CLÁUSULA RESOLUTIVA NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE MÓVEIS	150
3.1 Elementos funcionalizados da compra e venda imobiliária	150
3.2 Aspectos dinâmicos das relações obrigacionais e reais: interfaces de uma mesma moeda	160
3.3 O direito de retenção em condutas imbuídas de boa e má-fé	177
3.4 A demanda resolutória e a (des)necessidade de prévia intervenção judicial	190
CONCLUSÃO	197
REFERÊNCIAS	202

INTRODUÇÃO

A presente tese trata da cláusula resolutiva expressa nos contratos de compra e venda de bens imóveis. O art. 474 do Código Civil Brasileiro diz, textualmente, que a “cláusula resolutiva expressa opera-se de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. Sob essa perspectiva, defende-se neste trabalho a plena e imediata aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa, independentemente da intervenção do Poder Judiciário, muito embora não seja este o entendimento prevalecente na jurisprudência e na doutrina brasileiras.

Para tanto, revela-se imprescindível que referida cláusula esteja muito bem delineada no negócio jurídico celebrado pelas partes e represente, de forma irrefragável, o verdadeiro querer de ambos os contratantes, privilegiando, outrossim, a autonomia privada outorgada pelo ordenamento jurídico àqueles que contratam. Diante disso, possibilita-se aos contratantes pensarem em hipótese cuja ocorrência basta para resolver o contrato, não havendo necessidade de sentença judicial para decretar o fim do negócio jurídico celebrado.

Neste sentido, encontra-se o texto dividido em três capítulos. No primeiro, aborda-se os delineamentos temporais (origens) bem como os delineamentos espaciais do instituto, com destaque para os sistemas alemão e francês. No sistema alemão, não há necessidade de o Poder Judiciário intervir para decretar o fim do contrato celebrado pelas partes. O sistema francês, por sua vez, adota posicionamento diametralmente oposto ao germânico. Em França, revela-se imprescindível a intervenção judicial para que o contrato seja resolvido, não se aplicando a resolução de pleno direito, ainda que existente cláusula resolutiva expressa no contrato. E, em razão da postura adotada pelo devedor, os sistemas português e italiano, reputados intermediários, são igualmente mencionados no trabalho.

O primeiro capítulo também trata do conteúdo da cláusula resolutiva, onde se procura demonstrar que redações genéricas ou desprovidas de especificidades não devem ser admitidas como cláusulas resolutivas, não podendo ensejar, por conseguinte, a resolução do contrato celebrado. O derradeiro assunto tratado nesse capítulo refere-se à autonomia privada conferida às partes pelo ordenamento jurídico. A partir deste estudo, procura-se imprimir dinâmica e funcionalidade à cláusula resolutiva, justamente para atender o verdadeiro querer das partes contratantes, sob pena de o instituto ser mal ou subutilizado.

O segundo capítulo, intitulado Perfis do direito à resolução contratual, aborda os pressupostos da resolução em algumas modalidades contratuais, notadamente os contratos sinalagmáticos. Trata, além disso, da questão em torno do incumprimento absoluto e

relativo das obrigações, desde a sua origem até suas consequências e reflexos, inclusive no que se refere à cláusula resolutiva expressa. Menciona, além dessa dúplici modalidade de resolução, a chamada violação positiva do contrato, ainda que pouco tenha ecoado na doutrina pátria.

O segundo capítulo ainda trata da importância que o princípio da boa-fé exerce para o direito obrigacional e contratual, especificamente para o instituto da resolução. Além da boa-fé propriamente dita e funções daí decorrentes, algumas páginas são dedicadas às subespécies da boa-fé objetiva ou, simplesmente, figuras parcelares. A inclusão desse item se justifica à medida em que cresce o número de casos práticos envolvendo contratantes que, inexplicavelmente, adotam postura diametralmente oposta àquela contratada, sobremaneira contribuindo, quiçá de forma intencional, para que o contrato não seja cumprido.

Após comparar resolução com figuras afins (rescisão e resilição), analisa-se se a teoria do adimplemento substancial deve prevalecer, ou não, em contratos de compra e venda onde as partes tenham expressamente convencionado cláusula resolutiva para os casos de mínimo incumprimento, no mais das vezes voltado para o não pagamento de determinado número de prestações mensais.

No terceiro e último capítulo, nominado A cláusula resolutiva nos contratos de compra e venda de imóveis, procura-se estudar os elementos funcionalizados da compra e venda imobiliária e os aspectos dinâmicos das relações obrigacionais e reais, até mesmo por configurarem interfaces de uma mesma moeda, dada às semelhanças que unem esses dois ramos do direito civil.

Na sequência, analisa-se os casos de admissibilidade dos embargos de retenção, pois é relativamente comum, na prática, que alguém adquira um lote a prestações e, durante o (longo) contrato, interrompa o pagamento das prestações mensais ao mesmo tempo em que construa sobre o terreno então adquirido. Por outras palavras, alega o comprador não reunir condições financeiras para efetuar os pagamentos das prestações mensais ao mesmo tempo em que edifica sobre o bem.

Ante a existência de cláusula resolutiva expressa no contrato, defende-se, nesta tese, a desnecessidade de o Poder Judiciário intervir. Isso porque a cláusula, desde que muito bem e previamente delineada pelas partes no contrato, teria o condão de resolver, *per se*, o negócio jurídico. Pensar o contrário equivale a subutilizar este importante instituto de direito obrigacional, desprestigiando a autonomia privada.

Não haveria necessidade, portanto, de o vendedor (credor) propor ação judicial para obter declaração de resolução contratual. Eventual ação judicial seria necessária

apenas se o comprador inadimplente, tendo o proprietário concordado em lhe ressarcir os gastos havidos, simplesmente se negasse a devolver o bem, ocasião em que sua posse passaria a ser reputa injusta, configurando esbulho possessório.

Entende-se pela desnecessidade de intervenção judicial, também, quando as partes incluem cláusula resolutive expressa em escritura pública de compra e venda de bem imóvel. Neste caso, em havendo pagamento fracionado, a venda é considerada condicional. Pagando o devedor o preço, será o gravame baixado junto à matrícula do imóvel no cartório imobiliário competente.

Não pago o preço, entende-se pela prescindibilidade de se ajuizar ação para obter a resolução do contrato e invalidação da escritura. Em outros termos, o incumprimento obrigacional teria o condão de resolver o negócio, fazendo com que as partes retornassem, *ipso iure*, ao *status quo ante*. Eventual ação judicial só seria admitida, tal como sustentado anteriormente, para os casos em que o comprador se negue a devolver o bem.

Em resumo, busca-se com o presente texto apresentar argumentos para legitimar a plena e imediata aplicabilidade da cláusula resolutive expressa, justamente para que esse instituto possa cumprir seu importante papel dentro das funções a que se propõe, contribuindo para uma rápida e eficaz solução dos litígios.

1 CONCEITUAÇÃO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA

Neste primeiro capítulo, tratar-se-á dos delineamentos temporais e espaciais do instituto. Em um primeiro momento, abordar-se-á as origens da cláusula resolutiva, procurando, tanto quanto possível, contrastar as modificações sofridas ao longo dos anos em razão das mais diversas transformações operadas na sociedade, culminando por apresentar uma visão civil-constitucional sobre o tema e seus reflexos no dia a dia forense, sobremaneira quanto à sua perspectiva dinâmica e funcional.

Para tanto, além da origem notadamente atribuída ao direito romano e seu efetivo desenvolvimento a partir do direito canônico, não se poderia deixar de mencionar os sistemas alemão e francês, tendo este influenciado diretamente o ordenamento jurídico brasileiro quanto à aplicação da cláusula resolutiva dada à prevalência de entendimento no sentido de que a resolução deve ser proclamada pelo Poder Judiciário. O sistema alemão, por sua vez, situado em posição diametralmente oposta, entende que a resolução ocorre de pleno direito, não havendo a necessidade de o Poder Judiciário intervir.

Os sistemas português e italiano, igualmente mencionados neste trabalho, adotam posição intermediária, pois levam em consideração a postura a ser adotada pelo devedor, que, de sua parte, pode simplesmente aceitar a resolução do negócio ou voltar-se contra ela, adotando medidas judiciais contrárias ao direito de resolver.

Posteriormente, tratar-se-á do conteúdo da cláusula resolutiva, porquanto inadmissíveis redações genéricas ou desprovidas de maiores especificações, o que, na grande maioria das vezes, poderia inclusive conduzir a uma subutilização do instituto.

Na sequência, reputa-se de suma importância um estudo, ainda que breve, sobre a autonomia privada. Isso porque a cláusula resolutiva advém da conjunção de vontades entre duas ou mais pessoas, elegendo as partes contratantes situações que reputam necessárias para a resolução do contrato, caso não mais subsista interesse, para o contratante prejudicado, em continuar com o negócio. Procurar-se-á neste item, portanto, delinear o limite e a extensão da autonomia, visando, como afirmado, imprimir dinâmica e funcionalidade a este importante instrumento de direito obrigacional.

1.1 Delineamentos temporais: as origens do instituto

Ao tratar da extinção dos contratos (Parte Especial, Livro I, Título V,

Capítulo II)¹, assunto que “tem sido pouco versado na doutrina”², verifica-se que o Código Civil Brasileiro reservou a expressão resolução para a extinção fundada em duas razões: por inadimplemento de um dos contratantes e por onerosidade excessiva, fazendo-o nos arts. 474-475 e 478-480³, respectivamente.

O termo resolução, portanto, é utilizado como “um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial”⁴, caso não mais subsista interesse para o contratante fiel (não faltoso ou inocente) em manter o negócio jurídico anteriormente entabulado com aquele que deixou de cumprir sua obrigação, reputado faltoso ou infiel. O tema é tratado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁵ nos seguintes termos:

A RESOLUÇÃO é um modo de extinção dos contratos, decorrente do exercício do direito formativo do credor diante do incumprimento do devedor. Pode constar de cláusula contratual expressa (resolução convencional, art. 474 do Código Civil); mas, exista ou não previsão contratual, a regra do art. 475 do Código Civil incide sobre todos os contratos bilaterais, autorizando o credor a pedir em juízo a resolução do contrato descumprido (resolução legal).

O grave incumprimento de uma obrigação por parte do contratante faltoso, portanto, pode fazer com que o outro contratante exerça seu direito formativo no sentido de resolver o contrato, decretando um ponto final ao negócio, desfazendo-se “a própria relação jurídica ou a eficácia jurídica que já se produziu”⁶.

Nota quanto ao direito formativo, aliás, é encontrada em Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁷:

¹ “O Capítulo II do Título V do Direito das Obrigações trata da extinção dos contratos em poucos artigos, insuficientes à complexidade do tema (arts. 472 a 480 do CC). Teve o mérito de ao menos sistematizar e concentrar determinadas causas extintivas supervenientes e regular de modo explícito as relevantes figuras da rescisão unilateral, da cláusula resolutiva expressa e da resolução por onerosidade excessiva”. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 609.

² DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 701.

³ “Os arts. 474 e 475 do Código Civil disciplinam a resolução, fundada no inadimplemento de um dos contratantes e seus dois mecanismos, a cláusula resolutiva expressa e a cláusula resolutiva tácita. Os arts. 478 a 480, por sua vez, regulam a hipótese de resolução do contrato fundada em onerosidade excessiva, com a ressalva da possibilidade da preservação da avença, devolvendo-lhe o equilíbrio original perdido (arts. 479 e 480 do CC)”. LOUREIRO, op. cit., p. 610.

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 205.

⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 12.

⁶ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 71.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões e ações**. Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. V, p. 98.

“Direitos formativos”, espécies de direitos cuja eficácia consiste na geração (direitos formativos geradores), modificação (direitos formativos modificativos) ou extinção (direitos formativos extintivos) de relações jurídicas e respectivos conteúdos (direitos, pretensões e ações). A essas espécies em que o exercício tem essas eficácias de gerar, modificar ou extinguir direitos, costumam os autores, em expressiva maioria, referir-se a direitos potestativos, expressão cunhada por Chiovenda, que, a nosso ver, não exprime com precisão a essência do direito que nomeia, nem a eficácia que o caracteriza.

Percebe-se, pois, que o direito de resolver o negócio jurídico se relaciona com o direito formativo extintivo, uma vez que seu exercício (direito subjetivo) põe fim à relação obrigacional, lembrando que este direito pressupõe a existência de um contrato bilateral e o incumprimento (aspecto objetivo) por parte do contratante faltoso ou infiel e uma manifestação de vontade (aspecto subjetivo) por parte do contratante não faltoso ou fiel no sentido de resolver o contrato, não estando, ele próprio, inadimplente⁸.

Por isso, afirma-se que “a noção de resolução liga-se à de *interesse do credor*, cuja apreciação, por sua vez, gravita em torno da ideia de *utilidade*”⁹, vale dizer, deve o credor perquirir se a prestação ainda lhe é útil a fim de seguir com a contratação. Caso contrário, optará pela resolução do contrato¹⁰.

O assunto, porém, será tratado com maiores detalhes no item 2.2 deste trabalho, dedicado ao estudo do inadimplemento absoluto e relativo da obrigação. Nessa ocasião, serão analisados os reflexos do incumprimento parcial ou total em havendo, no contrato, cláusula que enseja sua resolução.

Por ora, afirma-se que cláusula resolutiva ou resolutória¹¹, igualmente

⁸ Em termos mais técnicos, observa Luiz Felipe Silveira Difini que o “exercício do direito formativo extintivo à resolução do contrato pressupõe objetivamente contrato bilateral válido e o incumprimento do devedor; subjetivamente a decisão pessoal da escolha da via resolutiva (ao invés, da via da execução contratual específica) e sua condição (do credor) de não-inadimplência”. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 703. Assim, não há como se falar em aplicabilidade da cláusula se o inadimplemento for recíproco, tal como observa Thomas Genicon: “*En premier lieu, il ne faut pas perdre de vue que la clause résolutoire n’est pas susceptible de jouer en cas de manquements réciproques*”. **La Résolution du Contrat pour Inexécution**. Paris: LGDJ, 2007. t. 484, p. 253. Em livre tradução: “Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que a cláusula resolutiva não é suscetível de ser utilizada em caso de inadimplemento recíproco”.

⁹ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 72.

¹⁰ Observa Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda que “as expressões ‘resolução do contrato’ e ‘resilição do contrato’ são elípticas. O que uma ou outra atingem é a eficácia do negócio jurídico, não o próprio negócio jurídico”. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações**. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV, p. 419.

¹¹ Para Álvaro Villaça Azevedo, é possível “claramente perceber, entretanto, que essa cláusula está vinculada ao inadimplemento contratual, o que, a meu ver, e dentro do espírito da classificação que propus, impede-a de chamar-se resolutiva ou resolutória. Melhor seria que a cognominássemos cláusula rescisória”. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 102.

conhecida por parte da doutrina como pacto comissório¹², consiste na figura jurídica que autoriza a resolução do contrato ante o não cumprimento obrigacional imputável a uma das partes, o contratante infiel, não mais subsistindo interesse, por parte do credor, em continuar com o contrato. Cláusulas resolutivas constituem, portanto,

estipulações expressas ou as presumidas pela lei em todos os contratos bilaterais, por força das quais qualquer dos contratantes, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, tem o direito de provocar a resolução do contrato, caso o outro contratante não cumpra a sua prestação¹³.

Em um só termo, pode-se dizer que tais cláusulas cuidam de “estipulação por meio da qual são estabelecidas as causas cuja ocorrência basta para que se possa pôr fim à

¹² “Inobstante estar implícita em todos os contratos a cláusula resolutiva tácita, nada obsta a que as partes convençionem, expressamente, a forma e condição de sua incidência. A cláusula resolutiva tem o nome de pacto comissório”. AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 395. Também Custodio da Piedade Ubaldino Miranda: “Entretanto, essa regra legal que atribui ao credor um direito alternativo, o de pedir a execução do contrato, ou a sua resolução, sofre uma importante derrogação: ela não prevalece e, portanto, o direito à execução do contrato não subsiste, quando as partes houverem convençionado no contrato o ‘pacto comissório expresso’, uma cláusula expressa em que as partes se atribuem reciprocamente o direito à resolução, em caso do não cumprimento das obrigações por qualquer delas. É a cláusula resolutiva expressa a que se refere o art. 474”. **Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480)**. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 423-424. Por fim, a lição de Orlando Gomes: “Nos *contratos bilaterais* a interdependência das obrigações justifica a sua *resolução* quando uma das partes se torna inadimplente. Na sua execução, cada contratante tem a faculdade de pedir a resolução, se o outro não cumpre as obrigações contraídas. Esta faculdade resulta de estipulação ou de presunção legal. Quando as partes acordam-na, diz-se que estipulam o *pacto comissório expresso*. Na ausência de estipulação, tal pacto é presumido pela lei, que subentende a existência da *cláusula resolutiva*. Neste caso, diz-se que é *implícita* ou *tácita*”. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 205. Sua origem histórica, entretanto, revela tratarem de figuras distintas. Explica-se: o pacto comissório é estudado no âmbito do direito das coisas e significa a apropriação direta e imediata, por parte do credor, de algum bem dado pelo devedor como garantia real de garantia para o pagamento de uma dívida contraída. Nesse sentido, a redação do art. 1.428 do Código Civil: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Em termos mais precisos, justamente “para preservar a função do direito de garantia, o CC 1.428 comina de nulidade a cláusula que determinar a possibilidade de o credor se tornar proprietário do bem objeto da referida instituição patrimonial na hipótese de a dívida não ser paga no vencimento. Caso contrário, além de se instituir uma proteção excessiva ao credor, estaria por se desvirtuar o sentido mesmo da garantia real. Trata-se da proibição do pacto comissório. Nada obstante esta regra, existe a possibilidade de o credor receber por meio da dação em pagamento o bem objeto da garantia, exigindo-se, entretanto, convenção expressa quando do vencimento”. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 526. Talvez a aparente confusão remonte ao Código Civil de 1916 por conta da nomenclatura então atribuída pelo art. 1.163 daquele código. Nesse sentido, a reflexão de Carlos Roberto Gonçalves: “*Cláusula comissória* é a estipulação que autoriza o credor a ficar com a coisa dada em garantia, caso a dívida não seja paga. É, muitas vezes, chamada de pacto comissório, mas não se confunde com o pacto comissório inserido nos contratos de compra e venda e que era disciplinado no art. 1.163 do Código de 1916 como cláusula resolutiva expressa. O novo diploma não reproduziu a regra do aludido dispositivo, por já ter regulado o pacto comissório, de forma genérica, nos arts. 127 e 128, ao tratar da condição resolutiva, bem como no art. 474, que dispõe sobre a cláusula resolutiva expressa, que pode ser inserida em qualquer modalidade de contrato”. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 544.

¹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 118.

relação contratual”¹⁴.

Por conseguinte, a referida cláusula legitima o contratante não faltoso a pedir a resolução do negócio jurídico ante o incumprimento obrigacional atribuído ao outro, mercê do que dispõem as primeiras partes dos arts. 474 e 475 do Código Civil¹⁵, justamente porque não mais lhe interessa seguir na relação jurídica obrigacional.

Antes, porém, de se adentrar no tema propriamente dito, faz-se necessário delinear a origem deste instituto, não apenas porque um retorno às origens é sempre útil para uma releitura historiográfica do passado, mas também porque descobrir “as raízes do debate, também ideológico, presentes na doutrina, permite opções convictas e uma participação mais consciente”¹⁶. Isso se aplica principalmente àquele que se propõe a estudar Direito, ressaltando Pietro Perlingieri¹⁷, na sequência, que não é “memorizando leis e decisões que o jurista adquire «sensibilidade», mas sim com consciência crítica e dialética para com a realidade, inclusive legislativa”.

Assim, não obstante respeitadas entendimentos em contrário, a exemplo do que explicam os franceses Ambroise Colin e Henri Capitant¹⁸, credita-se a origem do instituto

¹⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza. A Cláusula Resolutiva Expressa na Lei e nos Tribunais: o caso do termo de ocupação. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 355.

¹⁵ “**Art. 474.** A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. **Art. 475.** A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

¹⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹⁸ Defendem Ambroise Colin e Henri Capitant que “*Le droit de demander la résolution du contrat pour cause d’inexécution n’existait pas en Droit romain dans les contrats consensuels dont la vente était le type*”. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**. 10. ed., rev. e atual. Paris: Dalloz, 1948. t. 2, p. 175. Em livre tradução: “O direito de demandar a resolução do contrato em razão de sua inexecução não existia no Direito romano em contratos consensuais nos quais a venda era o tipo”. Exatamente no mesmo sentido, os igualmente franceses François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette: “*Le droit de demander la résolution du contrat pour cause d’inexécution n’existait pas en Droit romain dans le contrats consensuels dont la vente était le type. Il en résultait que le vendeur, qui avait concédé un terme à son acheteur, ne pouvait pas lui réclamer la restitution de sa chose et se trouvait exposé à son insolvabilité. Pour éviter ce risque, la pratique romaine avait imaginé d’insérer dans les actes de vente une clause dite lex commissoria – que nous appelons pacte comissoire – qui donnait au vendeur le droit, pour le cas où l’acheteur ne payait pas le prix au terme convenu, de résoudre le contrat. C’était la résolution, mais la résolution résultant de la convention des parties*”. **Droit Civil: les obligations**. 10. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 652. Em livre tradução: “O direito de demandar a resolução do contrato em razão de sua inexecução não existia no Direito romano em contratos consensuais nos quais a venda era o tipo. Disso resultava que o vendedor, que havia concedido um prazo a seu comprador, não lhe poderia reclamar a restituição da coisa, sujeitando-se à sua insolvabilidade. Para evitar esse risco, a prática romana havia imaginado inserir no ato da venda uma cláusula dita *lex commissoria* – que nós chamamos de pacto comissório – que conferia ao vendedor o direito, caso o comprador não pagasse o preço no dia do vencimento, de resolver o contrato. Era a resolução, mas a resolução resultante da convenção das partes”.

(delineamento temporal) ao Direito Romano¹⁹, muito embora haja afirmação doutrinária atribuindo sua origem e expansão ao Direito Canônico, como se verá adiante.

De qualquer forma, apesar de o direito romano não conhecer um princípio geral de resolução por inadimplemento²⁰, é inegável sua influência no direito obrigacional e contratual, notadamente a partir do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano²¹, considerado um dos mais célebres projetos legislativos da História²², com evidentes influências no então vigente Código Civil de 1916²³.

Nessa medida, “para a maioria dos contratos, não havia esse direito de exercer o direito formativo de resolver, pois o que havia antes era a simples possibilidade de cada um dos contratantes executar a sua prestação”²⁴. Por essa razão, afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que o direito de resolver teria efetivamente se expandido com o Direito Canônico, encontrando ali sua fonte. Veja-se:

A primeira e decisiva contribuição para a construção da resolução como regra legal aplicável a todos os contratos bilaterais (e mesmo aos unilaterais, como ocorre em alguns países) deve-se ao trabalho dos canonistas, que procuravam expressar a exata vontade dos contratantes ao cunhar o adágio: *Frangenti fidem non est fides servanda*, autorizando a parte lesada pelo inadimplemento a liberar-se do contrato. Foi UGOGGIONE DA PISA (1210) o primeiro a traçar as características da resolução como instituto jurídico, atribuindo ao inadimplemento do devedor a perda do seu direito e a conseqüente liberação do credor, aplicável à generalidade dos contratos sinalagmáticos. Mas, ao mesmo tempo em que contribuíram para a caracterização do instituto, os canonistas concorreram para a difusão da idéia (errônea) de ser a resolução uma condição inerente a todos os contratos. Isto porque

¹⁹ “A origem do pacto comissório expresso e tácito prende-se ao direito romano”. SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: fontes das obrigações: contratos**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 202.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações**. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV, p. 414.

²¹ O *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano era um conjunto “formado por quatro partes – Digesto (ou Pandectas), Institutas, Código e Novelas. O seu estudo fez-se, desde finais do século XI, em diversas universidades europeias (a primeira das quais foi a de Bolonha), dando origem a glosas e comentários, cuja autoridade se chegou a sobrepor à dos textos romanos originais”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 44.

²² Professor de História Medieval e de História do Direito na Universidade de Ghent (Bélgica), R. C. van Caenegem observa que as “compilações de Justiniano († 565) foram o legado mais importante do direito romano [...]. O *Corpus iuris civilis* de Justiniano (o nome data do século XII) é um dos mais célebres projetos legislativos da História. Representa a expressão suprema do antigo direito romano e o resultado final de dez séculos de evolução jurídica”. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

²³ Ao tratar da importância que o *Corpus Iuris Civilis* exerceu sobre o CC-1916, observa Francisco Amaral que não “é de admirar, portanto, que dos 1.807 artigos do Código Beviláqua, mais de quatro quintos, isto é, 1.445, fossem ‘produtos de cultura romana’, diretamente extraídos do *Corpus iuris civilis*, ou indiretamente das legislações que da mesma fonte se nutriram, em especial a portuguesa, a alemã, a francesa e a italiana”. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2014. v. 44 e 45, p. 149-150.

²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Lições de Teoria Geral das Obrigações. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (Org.). **Estudos de Direito Privado e Processual Civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

o *sermento promissório*, juramento solene feito perante o outro contratante perante Deus, não poderia ser dissolvido sob a alegação de descumprimento destes últimos (Deus, pelo menos, não descumpre)²⁵.

Portanto, o princípio “*frangenti fidem non est fides servanda*” ou “*frangenti fidem, fides non est servanda*”, acima referido e traduzido por Araken de Assis²⁶ como “a quebra da palavra alheia libera da observância da própria”, é igualmente mencionado pelo autor ao comentar a origem histórica da resolução.

Para o jurista gaúcho, o “episódio da paternidade canônica do instituto, sempre repetido, consta numa carta de Inocêncio III aos arcebispos de França, e demais católicos, liberando-os do respeito aos bens e à pessoa do Conde de Toulouse”²⁷ por conta de um homicídio praticado por um de seus vassalos.

Referência ao direito canônico também é encontrada nos já mencionados Ambroise Colin e Henri Capitant²⁸, passando, pouco a pouco, aos domínios do direito civil²⁹. Esse posicionamento, por parte dos canonistas, deve-se ao provável fato de que somente os homens, e não Deus, deixariam de cumprir sua parte na avença, restando fortalecidos os preceitos morais em respeito à boa-fé contratual. Por conta disso,

²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 14. No mesmo sentido, a lição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: “Falhando a correspectividade das prestações, era de esperar-se que se encontrasse a solução no apagamento de efeitos do negócio jurídico. No século XII parece estarem os primeiros traços do instituto. O que se sabe é que se encontra nos manuscritos de Ugucione da Pisa. *Fides non servanda est ei qui frangit fidem*. Já então era preciso que se pedisse a resolução ou a resilição e o juiz sentenciasse. Ésse [sic] Ugucione da Pisa foi um dos construtores da condição tácita, que tanta importância teve em direito canônico. Mas o que mais se há de pôr em relevo é não ter ésse [sic] jurista recorrido ao conceito de condição tácita, para formular a regra jurídica da resolução ou da resilição por inadimplemento, erro que cometem juristas de hoje”. **Tratado de Direito Privado**: parte especial: direito das obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV, p. 415. No mesmo sentido, o posicionamento de Jacques Ghestin, Christophe Jamim e Marc Billiau, para quem o princípio *frangenti fidem, fides non est servanda* traz consigo a ideia de correspectividade: “*Les juristes canonistes posèrent par la suite le principe frangenti fidem, fides non est servanda: l’efficacité de l’engagement était désormais subordonnée à l’exécution de l’obligation corrélative (14). Les juridictions ecclésiastiques avaient alors le devoir de rechercher celui qui, le premier, avait manqué à sa parole*”. **Traité de Droit Civil: les effets du contrat**. 3. ed., Paris: LGDJ, 2001, p. 489. Em livre tradução: “Os juristas canônicos definiram na sequência o princípio *frangenti fidem, fides non est servanda*: a eficácia do vínculo obrigacional estava daquele momento em diante subordinada ao cumprimento da obrigação correspondente (14). As jurisdições eclesiásticas tinham então a tarefa de pesquisar quem havia, em primeiro lugar, faltado com a palavra”.

²⁶ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45.

²⁷ Ibidem, p. 44.

²⁸ COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. “*En réalité, la résolution judiciaire des contrats synallagmatiques a sa source non dans le Droit romain, mais dans le Droit canonique*”. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**. 10. ed., rev. e atual. Paris: Dalloz, 1948. t. 2, p. 175. Em livre tradução: “Na realidade, a resolução judicial de contratos sinalagmáticos encontra raízes não no Direito Romano, mas sim no Direito Canônico”.

²⁹ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit Civil: les obligations**. 10. ed., Paris: Dalloz, 2009, p. 653.

La obligación se asumía frente a Dios, no ya frente a la otra parte. Sin embargo, los canonistas llegaron a concebir el juramento como un contrato, aún cuando con destacadas divergências en cuanto a su justificación teórica. Según algunos, el juramento producía una obligación principal frente a Dios y, con el concurso de ciertas circunstancias, una obligación secundaria frente a la otra parte. Según otros, la obligación que nacía era única, la contraída frente a Dios, y la otra parte asumía solo la función de un “adiectus solutionis causa”³⁰.

No mais, com “a introdução da chamada *lex commissoria* nas vendas a crédito, o não pagamento do preço no dia do vencimento determinava a resolução do contrato de pleno direito”³¹, isto é, sem a intervenção judicial. Assim,

No antigo Direito romano, era desconhecida esta razão de ruptura do nexu. Na compra e venda, admitia-se, contudo, uma cláusula (*lex commissoria*) segundo a qual se operava a resolução do contrato por falta de pagamento do preço. Nos contratos inominados, a atividade pretoriana criou mais tarde uma *condictio*, pela qual um contratante se esquivava do prometido, à vista do descumprimento da outra parte. Mas nunca chegou aquele Direito a elaborar o meio técnico, em sentido geral, de promover a resolução do contrato pelo fato de deixar a outra parte de efetuar a prestação a que era obrigada. Foi na Idade Média que se adotou a praxe de inserir em todo o contrato uma *lex commissoria*, pactuando a resolução por inadimplemento, e coube aos canonistas fazê-lo em fortalecimento dos princípios morais em respeito à boa-fé, proclamando que, independentemente de sua inserção explícita, dever-se-ia presumir a vontade de desfazê-lo, como punição contra o que o infringisse³².

Como visto, foi na Idade Média que se “instituiu, em caráter geral, a prática de inserir em todos os contratos bilaterais uma cláusula que, em respeito aos valores morais e

³⁰ VIGARAY, Rafael Alvarez. *La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento*. Granada: Universidad de Granada, 1972, p. 24. Em livre tradução: “A obrigação era assumida perante Deus, e não perante a outra parte. Sem embargo, os canonistas conceberam o juramento como um contrato, ainda que com destacadas divergências no tocante à sua justificação teórica. Segundo alguns, o juramento produzia uma obrigação principal perante Deus e, em conjunto com certas circunstâncias, uma obrigação secundária perante a outra parte. Segundo outros, a obrigação que nascia era única, a contraída perante Deus, assumindo a outra parte somente a função de ‘*adiectus solutionis causa*’, isto é, garante de pagamento.

³¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. II, p. 497.

³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 136. Em complemento, a lição de Jacques Ghestin, Christophe Jamim e Marc Billiau: “*Le droit romain n’a pas connu la résolution pour inexécution dans les contrats consensuels nommés, tels na vente (13). Dans ce dernier contrat, cependant, l’usage était d’introduire une clause résolutoire, dite lex commissoria, qui donnait au vendeur, mais non à l’acheteur, le droit de résoudre la vente, si le prix n’était pas payé dans le délai convenu. Cette clause jouait de plein droit, c’est-à-dire sans que le juge intervienne. Dans les contrats innomés, de création juridique plus récente, les juristes romains autorisaient, en cas d’inexécution, le contractant qui avait exécuté le premier à solliciter la restitution de sa propre chose, par le biais d’une action en répétition*”. **Traité de Droit Civil: les effets du contrat**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 489. Em livre tradução: “O direito romano não conheceu a resolução por inexecução nos contratos consensuais nominados, tais como a venda (13). Neste, no entanto, o costume era introduzir uma cláusula resolutória, dita *lex commissoria*, que dava ao vendedor, mas não ao comprador, o direito de resolver a venda, caso o preço não fosse pago no prazo convencionado. Essa cláusula se aplicava de pleno direito, isto é, sem que o juiz interviesse. Nos contratos inominados, de criação jurídica mais recente, os juristas romanos autorizavam, em caso de inexecução, ao contratante que primeiro tivesse cumprido a obrigação o direito de solicitar a restituição de sua própria coisa, fazendo-o através de uma ação de repetição”.

à boa-fé, permitia a resolução desses contratos por falta de cumprimento de uma das prestações³³, passando o instituto da resolução, pouco a pouco, a ser incorporado ao direito civil.

Essa a provável razão de Orlando Gomes³⁴ ter afirmado que, na França, era “usual a inclusão, nos contratos bilaterais, de cláusula especial em que se previa a inexecução, estatuinto-se que, em vez de pugnar pela execução do contrato, a parte podia pedir ao juiz sua resolução”.

De qualquer sorte, o exercício da faculdade (ou permissão³⁵) resolutiva não está disciplinado igualmente em todas as legislações, ganhando especial destaque os sistemas alemão, francês, italiano e português, cuja abordagem se faz imprescindível nesta tese de doutoramento, principalmente por conta da influência que o sistema francês exerce sobre o ordenamento jurídico brasileiro, ao qual se filia.

1.2 Delineamentos espaciais: os sistemas alemão e francês

É indiscutível a importância do direito comparado para o estudo do Direito, justamente porque este importante ramo pode contribuir para as investigações de ordem histórica, filosófica e para a própria Teoria Geral do Direito³⁶, prestando-se, também, “ao auto-controle e à afirmação da própria solução proposta”, como bem pontua Erik Jayme³⁷.

Diante disso, todos os “juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado”³⁸, quer para melhor compreender seu próprio direito, quer para aperfeiçoá-lo, adaptando-o à realidade e às vicissitudes sociais, até porque o direito, como verdadeiro organismo vivo, “*descansa siempre sobre una determinada concepción del hombre y de la sociedad, de sus relaciones reciprocas, y por consiguiente, también sobre un determinado*

³³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 118.

³⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 206-207.

³⁵ A observação se faz necessária em razão de Eros Roberto Grau entender que o direito subjetivo “não é *faculdade*, mas *permissão* para o seu exercício. Assim, ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar, ou a não praticar, um ato”. Um novo paradigma dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2001. v. 5, p. 77.

³⁶ Na introdução de sua obra, afirma René David que as “vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional”. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 4.

³⁷ JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999. v. 759, p. 25.

³⁸ DAVID, op. cit., p. 12.

sistema de valores”³⁹.

Em atenção ao delineamento espacial, informa-se que os dois grandes sistemas⁴⁰ existentes em torno da cláusula resolutiva são o alemão e o francês, integrando ambos a família romano-germânica⁴¹.

Suas características principais residem na codificação⁴² e no fato de esses direitos terem sido elaborados por razões históricas, visando, tanto quanto possível, regular as relações entre os cidadãos, garantir a atualização científica⁴³ e a certeza do Direito bem como eliminar a pluralidade de fontes⁴⁴. A codificação, portanto, “foi a fórmula encontrada para a [sic] assegurar a concentração e divulgação da lei e o instrumento preferido para lhe conferir

³⁹ DÍAZ, Elías. *Sociologia y Filosofía del Derecho*. 3. ed. Taurus: Madrid, 1977, p. 253. Pietro Perlingieri, logo no início de seu trabalho, ressalva que o “Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla concepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, ‘existencial’, que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como ‘coexistência’”. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1. Mais especificamente quanto ao direito civil, a perspicaz observação de Luiz Edson Fachin: “Um novo direito civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades, é proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer”. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 6-7.

⁴⁰ Partindo desse entendimento, acrescenta Francisco Amaral que os “princípios contribuem para a unidade e permanência do sistema, como fonte normativa ou como critérios de interpretação ou de integração, dando-lhe o sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que se reflete, também, na interpretação do novo código. Exigem do intérprete não mais um trabalho de simples exegese, mas um trabalho de permanente construção jurídica”. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2014. v. 44 e 45, p. 149-157.

⁴¹ Dispersa pelo mundo inteiro, a família de direito romano-germânica “tem o seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos”. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 23-24.

⁴² “Os códigos são compilações systemáticas de todas as normas jurídicas respeitantes a um determinado ramo de direito feitas pelo poder legislativo ou pelo executivo no exercício da função legislativa. Os códigos, que constituem actualmente a fonte mais importante do direito em quasi todos os países civilizados, são aprovados por meio de leis ou decretos, de que ficam fazendo parte integrante”. MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do Direito Civil Português: parte geral**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. v. 1, p. 18-19. Entretanto, apesar de o código constituir o produto final do legislador, adverte Paulo Roberto Ribeiro Nalin que tal fato “não pode ofuscar o trabalho do jurista, sob pena de se radicalizar a pouco promissora sensação, hoje experimentada no Brasil, da incapacidade do Poder Judiciário em realizar a tão almejada justiça social, efetivando a função social dos institutos do Direito Civil”. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional. In: NALIN, Paulo (Coord.). **Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. v. II, p. 15.

⁴³ “A elaboração de um código não é tarefa de agrupamento de disposições já existentes em várias fontes. Não é um trabalho apenas de natureza prática [...]. A elaboração do código é obra de modernização do Direito, de adoção dos princípios novos formulados pela Ciência do Direito”. NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 202.

⁴⁴ “Na Europa, a codificação nasce por razões contingentes e, ao mesmo tempo, fundamentais, encontrando inspiração nas mais diversas correntes ideológicas e filosóficas, desde o jusnaturalismo ao romantismo, e na exigência de certeza do direito: a tentativa é de eliminar a pluralidade de fontes pela impossibilidade de criar uma harmonia entre elas”. PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 178.

primazia entre as fontes de direito”⁴⁵.

Com o presente tópico pretende-se, pois, demonstrar a influência desses sistemas no direito brasileiro no tocante à cláusula resolutiva expressa, não apenas porque “o ordenamento jurídico de cada povo reflete a realidade sócio-cultural de sua coletividade e de sua representação política”⁴⁶, mas também porque a cláusula resolutiva é, ela própria, um instituto vivo, parte integrante de um direito em movimento, conforme feliz observação de Christophe Paulin⁴⁷.

Pois bem. Apesar de o Direito Pandectista alemão imediatamente anterior ao Código Civil daquele país (*BGB*) ser decididamente contrário à resolução do contrato bilateral por incumprimento de uma das partes⁴⁸, o atual sistema, de igual e inegável influência para o Direito Civil brasileiro⁴⁹ e do qual Clóvis Bevilacqua “pegou a ‘parte geral’”⁵⁰, permite que o negócio jurídico seja resolvido pelas próprias partes sem a intervenção do Poder Judiciário, tornando muito mais célere a *quaestio iuris* em torno da resolução.

Isso se dá, muito provavelmente, pelo fato de o Código Civil Alemão de 1896, vigente desde 01.01.1900⁵¹, conferir ampla liberdade aos contratantes, trazendo a marca

⁴⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 46.

⁴⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 1046.

⁴⁷ “*La clause résolutoire est une institution vivante, qui s’intègre dans un droit en mouvement et évolue elle-même*”. PAULIN, Christophe. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 10. Em livre tradução: “A cláusula resolutoria é um instituto vivo, parte integrante de um direito em movimento e evoluída por si só”.

⁴⁸ VIGARAY, Rafael Alvarez. **La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento**. Granada: Universidad de Granada, 1972, p. 41. No original: “*El Derecho de Pandectas alemán inmediatamente anterior al B.G.B. era decididamente contrario a la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes*”.

⁴⁹ “A influência alemã na formação do Direito Civil brasileiro é inegável e deita suas raízes em diferentes momentos. Os costumes, os institutos e as normas do país que hoje se denomina Alemanha ‘entraram’ para o Direito português, ainda sob o domínio do invasor visigótico, no anoitecer violento e trágico do Império Romano do Ocidente. Posteriormente, houve nova recepção nos tempos medievais do *ius commune*. No Brasil Colônia muitos desses elementos foram introduzidos por efeito da aplicação das leis portuguesas. Houve um entrelaçar da influência *direta* das fontes portuguesas e *indireta* das fontes alemãs”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A Influência do *BGB* e da Doutrina Alemã no Direito Civil Brasileiro do Século XX. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2013. v. 938, p. 81.

⁵⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Circulação de modelos jurídicos: o caso do Code Civil francês. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera**. São Paulo: Leud, 2014, p. 156.

⁵¹ Apesar de diversas alterações sofridas ao longo dos anos, notadamente no campo do Direito de Família (*e.g.* igualdade entre homens e mulheres) e da Responsabilidade Civil (*e.g.* objetivação da responsabilidade), observa Vicente Ráo que os “juristas alemães entendem que o *BGB* conserva, ainda hoje, o caráter de Lei Fundamental do Direito Civil germânico, contendo a mesma redação de mais de cem anos, embora reconheçam que na forma atual de entender e de aplicar o Código, aparece um panorama bem distinto”. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6. ed., anot. e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

do individualismo⁵².

Melhor explicando, entende o ordenamento jurídico alemão que o credor de uma obrigação não cumprida dispõe do direito de resolver o contrato, fazendo desaparecer retroativamente o vínculo. Para tanto, basta endereçar uma declaração de vontade ao outro contratante, reputado faltoso, comunicando-o acerca da resolução. Desse modo, se “um dos contratantes não cumpre suas obrigações, pode o outro declarar resolvido o contrato, independentemente de pronunciamento judicial”⁵³, residindo aí a característica essencial deste sistema.

E, diante da “desnecessidade de pronunciamento judicial”⁵⁴, pode o contratante inocente, então, declarar resolvido o contrato, de pleno direito⁵⁵, facultando (ou permitindo) o sistema alemão que o credor faça essa opção, dentre outras três permitidas, conforme se vê em Harm Peter Westermann⁵⁶:

Estando certificada a impossibilidade e podendo o credor tomar por ponto de partida o de que o devedor responde por ela, o § 325 lhe concede um *direito de escolha quádruplo*. O credor pode:

- reclamar indenização por inadimplemento,
- rescindir o contrato,
- no lugar do objeto originário da prestação, exigir, na conformidade do § 281, o *commodum* representativo,
- alegar meramente que ele, como numa impossibilidade pela qual nenhum lado responde, ficou liberado de seu próprio compromisso.

Na escolha, evidentemente, “o credor se orientará no sentido do que for economicamente o mais favorável”⁵⁷. Porém, caso a parte prejudicada pelo incumprimento obrigacional do outro contratante opte pela resolução, entende a doutrina alemã que referida indicação, como já afirmado, perfaz-se por uma declaração unilateral daquele em favor de

⁵² CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 222.

⁵³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 137.

⁵⁵ Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a “assertiva legal de que a cláusula resolutiva expressa atua de pleno direito não quer dizer que seja automática, e sim que dispensa intervenção judicial, mas não dispensa a deliberação do credor em extinguir ou executar”. Da extinção do contrato: arts. 472 a 480. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II, p. 378. Contra esse posicionamento, insurge-se Roberto Senise Lisboa ao argumento de que “uma resolução contratual jamais poderia se verificar, de pleno direito, sem prejuízo de afronta grave a diversos princípios constitucionais, como os princípios da ampla defesa, do contraditório (CF/1988, art. 5º, LIV e LV) e da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário (CF/1988, art. 5º, XXXV)”. *In*: FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 633.

⁵⁶ WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão: direito das obrigações: parte geral**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 82.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 82.

quem milita o direito resolutorio, submetendo o ato à recepção de seu consorte. É a lição de Frédérique Ferrand⁵⁸:

La différence fondamentale qui caractérise le droit allemand par rapport au droit français est que la résolution ne suppose pas en Allemagne une procédure judiciaire. Elle est au contraire analysée comme un acte juridique unilatéral soumis à réception du cocontractant (§ 349). La résolution allemande suppose que le créancier de l'exécution dispose d'un droit – d'origine conventionnelle ou légale – de faire disparaître rétroactivement le contrat.

A resolução, portanto, efetua-se através de uma declaração de vontade (ato jurídico unilateral) endereçada ao devedor inadimplente⁵⁹, passando a resolução a produzir seus efeitos a partir do momento em que dita declaração alcança seu destinatário⁶⁰. É a regra do art. 349 do Código Civil Alemão (*BGB*): “*La resolución se realiza por declaración frente a la otra parte*”⁶¹.

Em resumo, o contrato é resolvido, de pleno direito, a partir da faculdade conferida por esse artigo, bastando, repita-se, que o credor enderece ao seu devedor uma simples declaração de vontade, que, recebida, passará a produzir efeitos.

Além do Código Civil Alemão, informa Miguel Maria de Serpa Lopes⁶² que o Código Federal das Obrigações Suíço (arts. 107-109) também dispensa a intervenção do Poder Judiciário, permitindo a resolução contratual de forma automática ante a permissão que lhe confere a parte final do art. 107⁶³.

⁵⁸ FERRAND, Frédérique. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, 1997, p. 359-360. Em livre tradução: “A diferença fundamental que caracteriza o direito alemão em comparação ao direito francês é que, na Alemanha, a resolução não prescinde de procedimento judicial. É, ao contrário, visto como ato jurídico unilateral submetido à recepção do cocontratante (§ 349). A resolução alemã pressupõe que o credor dispõe de um direito – de origem convencional ou legal – de fazer desaparecer retroativamente o contrato”.

⁵⁹ Tratando sobre essa declaração de resolução, acrescenta Dieter Medicus que “*Por último necesita la resolución de una declaración de voluntad unilateral de carácter recepticio pronunciada por el titular de la resolución, § 349. Se trata, con ello, del ejercicio de un derecho potestativo; esta declaración es enemiga de condición y aplazamiento*”. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Edición española Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995. v. I, p. 249.

⁶⁰ PÉDAMON, Michel. *Le contrat en droit allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2004, p. 197. No original: “*Cette déclaration de volonté est un acte juridique unilatéral soumis à réception. Elle produit ses effets dès qu'elle est parvenue (zugegangen) à son destinataire*”. Em livre tradução: “Essa declaração de vontade é um ato jurídico unilateral submetido à recepção. Ela produz os seus efeitos desde que entregue a seu destinatário”.

⁶¹ MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Edición española Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995. v. II, p. 889.

⁶² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações: contratos*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 202.

⁶³ A parte final do art. 107 é traduzida por Souza Diniz nos seguintes termos: “(2) Se, até o transcurso dêsse [sic] prazo, não houver execução, poderá, ainda e sempre, o credor propor, por causa do atraso, ação de execução juntamente com indenização do dano; em vez disso, contudo [poderá] também, se o declarar imediatamente, desistir da prestação posterior e ou exigir indenização do dano resultante da inexecução ou rescindir o contrato”. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações*. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord, 1961, p. 173.

Todavia, apesar de o art. 474 do Código Civil Brasileiro, primeira parte, dispor que “a cláusula resolutive expressa opera de pleno direito”, o ordenamento jurídico pátrio filiou-se ao sistema francês, segundo o qual o contrato não se resolve de pleno direito, mas sim por meio de um processo judicial, facultando-se à parte inadimplente o contraditório e a ampla defesa, a destacar que, em França, “a lei não pode resolver o contrato, mas apenas autorizar que a resolução seja pedida, visto que ela confere a faculdade de resolver apenas a título de proteção”⁶⁴.

Para o direito francês, os efeitos resolutivos não seriam automáticos, apesar do que a expressão “de pleno direito” possa sugerir. Nesse sentido, o pensamento de Hugo Barbier⁶⁵:

Contrairement à ce que l'expression même pourrait suggérer, la clause résolutoire expressément stipulée comme opérant «de plein droit», ne produit jamais ses effets de manière mécanique. En cas d'inexécution du débiteur, son déclenchement ne peut être automatique, et ce malgré le souhait formé par le créancier en quête d'effets ipso jure.

Exatamente aí reside a questão a que se propõe a enfrentar, porquanto, no Brasil, um contrato com cláusula resolutive expressa somente poderá ser resolvido através da intervenção do Poder Judiciário, não obstante o que dispõe a primeira parte do art. 474 do Código Civil.

Esse entendimento, salvo melhor juízo, coloca em xeque a autonomia de vontade dos contratantes⁶⁶ e as próprias declarações expressas no negócio jurídico livremente convencionado⁶⁷, que, de sua parte, expressamente previu a resolução do negócio jurídico se incumprida determinada obrigação.

Assim, se uma das partes não cumprir sua(s) obrigação(ões) contratual(ais),

⁶⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207.

⁶⁵ BARBIER, Hugo. *Chroniques: obligations en general: sources de l'obligation: le contrat*. **Revue trimestrielle de droit civil**. Paris: Dalloz, oct./dez. 2015. v. 4, p. 875. Em livre tradução: “Contrariamente ao que a expressão possa mesmo sugerir, a cláusula resolutive expressamente estipulada como operante «de pleno direito», não produz jamais seus efeitos de maneira mecânica. Em caso de inexecução pelo devedor, sua aplicação não pode ser automática, apesar do desejo manifestado pelo credor quanto aos efeitos *ipso jure*”.

⁶⁶ Para Álvaro Villaça Azevedo, o Direito das Obrigações “está assentado no princípio da autonomia da vontade, pois, fixando normas gerais, inclusive dos contratos, deixa à vontade individual um campo enorme para sua manifestação. As pessoas têm ampla liberdade no externar sua vontade, desde que não desrespeitem os princípios gerais de direito e que não resultem feridos a ordem pública e os bons costumes. Daí a ampla autonomia que se dá à vontade nessa importante rama do Direito Civil. As pessoas devem, ainda, comportar-se com probidade e boa-fé, respeitando a função social do contrato, a parte mais fraca e a dignidade humana”. **Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 26.

⁶⁷ Observa Christophe Paulin que “*La clause résolutoire procede de la volonté des parties*”. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 17. Em livre tradução: “a cláusula resolutive procede da vontade das partes”.

pode o contratante não inadimplente optar entre exigir o cumprimento da obrigação não cumprida, se ainda subsistir interesse para tanto e se seu cumprimento for possível, ou ainda pedir a resolução do contrato, cumulando-o, em qualquer dos casos, com indenização por perdas e danos, conforme dispõe o já referido art. 475⁶⁸, não estando ele próprio inadimplente.

A vantagem, ao que tudo indica, é do contratante inocente (fiel) à medida em que a lei lhe permite escolher o meio mais favorável para tutelar seus interesses⁶⁹.

De qualquer forma, requer o sistema francês que o pedido resolutivo seja endereçado ao Poder Judiciário, conforme prevê seu Código Civil. Aliás, considerado o primeiro código moderno assentado num verdadeiro modelo de codificação⁷⁰, o Código Civil Francês de 1804⁷¹, que igualmente influenciou o direito brasileiro⁷² e tantos outros⁷³, trata do assunto em torno da cláusula resolutiva nos arts. 1183 e 1184, adiante reproduzidos:

⁶⁸ Ao tratar do assunto, Araken de Assis ensina que o “direito pátrio se perfila aos ordenamentos alienígenas. A mesma opção consta do art. 1.453 do CC italiano; art. 1.184, segunda alínea, do CC francês; art. 1.204 do CC argentino e art. 1.124, alínea segunda, primeira parte do CC espanhol, que estatui, com grande clareza: ‘*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*’. Este último dispositivo, consoante o alvitre de Aurora Gonzáles Gonzáles, somente condiciona o exercício da faculdade às conveniências do credor. Esta orientação se harmoniza com o art. 475 em vigor”. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32-33.

⁶⁹ Feita esta opção, entende Custódio da Piedade Ubaldino Miranda que as partes “renunciam implicitamente àquele outro direito, atribuído, de forma alternativa, pela lei: o direito à execução específica, caso seja possível”. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 424. Em sentido contrário, Araken de Assis: “Nada impede a cumulação das ações de resolução e de cumprimento de forma subsidiária, como permite, inequivocamente, o art. 289 do CPC. Esta modalidade de cumulação torna compatíveis pedidos externamente antagônicos. Assim, para a hipótese de não se configurar o direito à resolução, em face, por exemplo, da constatação de adimplemento substancial (*substantial performance*), ao autor revelar-se-á lícito pleitear a condenação do inadimplente no resíduo da sua prestação. E, não diversamente, para o caso de a ação de cumprimento se revelar inútil, porque, entretanto, a prestação perdeu a utilidade (art. 395, parágrafo único, do CC-02), atendido fato superveniente (art. 462 do CPC), é lícito pedir a resolução”. Op. cit., p. 40-41.

⁷⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Circulação de modelos jurídicos: o caso do Code Civil francês. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado**: coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Leud, 2014, p. 126.

⁷¹ “O *Code civil* é a culminação de vários séculos de evolução do direito francês; boa parte, ele é o direito antigo, remontando às vezes direta ou mesmo literalmente ao direito consuetudinário e romano da Idade Média e do começo dos tempos modernos. Não obstante, o *Code civil* de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França”. CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1-2.

⁷² Em relação ao Código Civil de 1916, afirma Cláudia Lima Marques que o “*Code Civil* é das legislações estrangeiras aquela que maior número de normas do CCBBr consegue influenciar: 172 normas do CCBBr encontrariam nele sua inspiração”. Cem Anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1997. v. 741, p. 17.

⁷³ “A influência do Código Civil francês fez-se sentir em quase todos os códigos civis elaborados no século XIX. Destes estão ainda em vigor: na Europa, os códigos romeno (1865) e espanhol (1889); nas Américas Central e do Sul, os códigos do Haiti (1825), da Bolívia (1830), da Argentina (1869), do Chile (1855) e, sob influência direta deste, os de outros países como o Uruguai (1868); na América do Norte, o Código Civil da Louisiana (1808)”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 53.

Article 1183. *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*⁷⁴.

Article 1184. *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*⁷⁵.

Verifica-se, pois, que a grande característica do sistema francês é que o contrato não pode ser resolvido de pleno direito, isto é, de forma automática, mecânica, devendo o pedido resolutório ser submetido à apreciação do Poder Judiciário, que, de sua parte, proclamará a resolução⁷⁶.

Por isso afirma Bertrand Fages⁷⁷ que, no direito francês, “*si l'on s'en tient à la règle écrite, la résolution est donc nécessairement judiciaire*”, isto é, “se nos ativermos à regra escrita, a resolução é então necessariamente judicial”.

Nessa medida, o “que o sistema francês concede ao interessado não é a resolução automática da avença, porém a legitimidade *ad causam* para iniciar o processo judicial visando a este objetivo”⁷⁸, sendo esta, repita-se, a linha à qual se filia o ordenamento jurídico brasileiro.

Em França, revela-se ainda necessário que o incumprimento obrigacional por parte do contratante faltoso seja suficientemente grave para que o magistrado considere ser a ruptura do contrato a resposta mais apropriada para o caso, pouco importando tratar-se

⁷⁴ Em livre tradução: “A condição resolutória é aquela que, uma vez verificada, opera a resolução da obrigação, remetendo as coisas ao estado anterior, como se a obrigação não tivesse existido. Ela não suspende a execução da obrigação; obriga o credor, tão somente, a restituir o que recebeu, nos casos em que se verificar o evento previsto na condição”.

⁷⁵ Em livre tradução: “A condição resolutiva é sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, caso um dos contratantes não satisfaça suas obrigações. Nesses casos, o contrato não é resolvido de pleno direito. A parte prejudicada tem a escolha de compelir o outro à execução da obrigação, caso ainda possível, ou requerer a resolução cumulada com perdas e danos. A resolução deve ser judicialmente requerida, podendo ser concedida ao requerido um prazo para o cumprimento das obrigações, conforme as circunstâncias”.

⁷⁶ Nesse sentido, manifestam-se Ambroise Colin e Henri Capitant: “*d’après l’article 1184, c’est la justice qui décide s’il y a lieu ou non de prononcer la résolution*”. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**. 10. ed., rev. e atual., Paris: Dalloz, 1948. t. 2, p. 175. Em livre tradução: “segundo o artigo 1184, é a justiça que decide se é cabível, ou não, pronunciar-se quanto à resolução”.

⁷⁷ FAGES, Bertrand. **Droit des Obligations**. 5. ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 245.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 137-138.

de incumprimento total ou parcial, muito embora defenda Thomas Genicon⁷⁹ a inexistência da falta grave, cabendo ao magistrado pronunciá-la caso a caso:

Dès lors que la résolution doit être demandée en justice et que l'article 1184 du Code civil reste silencieux sur la définition du manquement y conduisant, il faut considérer qu'en France, le manquement qui justifie la résolution n'est rien d'autre que celui que le juge estime tel, souverainement.

Além da soberania da decisão judicial e da gravidade da inexecução contratual, Bertrand Fages⁸⁰ acrescenta, de sua parte, pouco importar versar o caso sobre inexecução total ou parcial da obrigação:

Le prononcé de la résolution judiciaire suppose l'inexécution d'une obligation contractuelle. Mais il n'est pas nécessaire que cette obligation ait été expressément stipulée. En revanche, il faut que cette inexécution soit suffisamment grave pour que le juge, qui est ici souverain, estime que la destruction du contrat constitue une réponse appropriée [...]. Dès lors qu'elle apparaît suffisamment grave pour justifier la résolution, il importe peu que l'inexécution soit totale ou simplement partielle.

Entretanto, apesar da redação dada pelo art. 1184 do Código Civil Francês, afirmam Philippe Malaurie, Laurent Aynès e Philippe Stoffel-Munck⁸¹ que a jurisprudência daquele país tem admitido que um dos contratantes possa, por sua conta e risco e sem prévia intervenção judicial, resolver unilateralmente o contrato, desde que o comportamento do contratante faltoso seja suficientemente grave, competindo ao credor o ônus da prova, sob pena de cometer falta grave.

Mas há mais. O Código Civil Francês, nomeado Código Civil Napoleão de 1807⁸² até a queda do imperador (Batalha de Waterloo, 1815), autoriza o magistrado a

⁷⁹ GENICON, Thomas. *La Résolution du Contrat pour Inexécution*. Paris: LGDJ, 2007. t. 484, p. 305. Em livre tradução: “Considerando que a resolução deve ser requerida em juízo e que o art. 1184 do Código Civil nada diz quanto à falha e ao modo de conduzi-la, é preciso considerar que, na França, a falta que justifica a resolução não é outra senão aquela pronunciada pelo juiz, soberanamente”.

⁸⁰ FAGES, Bertrand. *Droit des Obligations*. 5. ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 247. Em livre tradução: “O anúncio da resolução judicial pressupõe a inexecução de uma obrigação contratual. Mas não é necessário que esta obrigação esteja expressamente estipulada. Ao contrário, é necessário que esta inexecução seja suficientemente grave para que o juiz, que é soberano, conclua que a resolução do contrato constitua uma resposta apropriada [...]. Desde que suficientemente grave para justificar a resolução, pouco importa que a inexecução seja total ou simplesmente parcial”.

⁸¹ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les Obligations*. 6. ed. Paris: LGDJ, 2013, p. 460-461. No original: “Même en l'absence de disposition légale, de clause résolutoire expresse, ou même en dépit d'une telle clause, la jurisprudence, malgré l'article 1184, admet qu'une partie puisse sans intervention judiciaire préalable, unilatéralement, rompre un contrat à durée déterminée en cas de «comportement grave» de son cocontractant. Cette rupture est faite aux risques et périls de son auteur [...] le créancier aura commis une faute s'il ne démontre pas que le débiteur a gravement contrevenu à son engagement”.

⁸² CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 7.

conceder à parte inadimplente um prazo para que cumpra sua obrigação, não constituindo a permissão elemento essencial do sistema. Tal situação encontra-se dentre os poderes conferidos ao magistrado, conforme lhe autoriza o já transcrito art. 1184.

Nesse sentido, ressalta Philippe Malinvaud⁸³ que o juiz “*peut accorder au débiteur «un délai selon les circonstances» (art. 1184, al. 3) pour exécuter et ce délai ne se confond pas avec les délais de grâce de l'article 1244-1 du Code civil*”, isto é, o magistrado pode concordar em atribuir ao devedor um prazo para o cumprimento de suas obrigações, segundo as circunstâncias, não se confundindo este prazo com aquele que se convencionou chamar de *délais de grâce*.

Realmente, o prazo conferido pelo magistrado não se confunde com aquele de dois anos previsto no art. 1244-1⁸⁴ do mesmo Código Civil, conhecido como *délais de grâce*. Este é definido como um prazo concedido pelo juiz ao devedor, ante as dificuldades por si apresentadas, para que cumpra suas obrigações, sem o consentimento do credor e sem previsão contratual que lhe autorize a agir dessa maneira.

Essa questão, porém, não é pacífica dentre os próprios juristas franceses, a exemplo do que se vê em Yves-Marie Laithier⁸⁵:

En revanche, le pouvoir du juge d'octroyer un tel délai en l'absence de texte précis est controversé. Certaines s'opposent à sa reconnaissance en faisant valoir que la mesure est subordonnée à l'exercice d'une action en exécution forcée, ce que n'est pas une mise en demeure; les autres rétorquent que «toute stipulation contraire aux dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 [étant] réputée non écrite», on conçoit difficilement que le juge puisse être empêché par une clause résolutoire d'accorder un délai de grâce au débiteur tant qu'elle n'est pas acquise.

Para requerer a resolução, imprescindível, também, que o contratante não faltoso (inocente) esteja imbuído de boa-fé, assunto a ser tratado no item 2.3, estando a noção, no direito francês, vinculada à absoluta transparência entre os contratantes, exigindo, de cada qual, o conhecimento do que um espera do outro e de si próprio.

⁸³ MALINVAUD, Philippe. *Droit des obligations*. 8. ed., Paris: Groupe LexisNexis, 2003, p. 356.

⁸⁴ “**Art. 1244-1.** *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins de créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues*”. Em livre tradução: “Considerando-se a situação do devedor e em consideração às necessidades do credor, o juiz pode, dentro do limite de dois anos, adiar ou escalonar o pagamento das somas devidas”.

⁸⁵ LAITHIER, Yves-Marie. *Étude Comparative des Sanctions de L'inexécution du Contrat*. Paris: LGDJ, 2007. t. 419, p. 232. Em livre tradução: “Ao contrário, o poder do juiz de conceder um tal prazo ante a ausência de texto legal é controvertido. Alguns se opõem ao seu reconhecimento ao argumento de que a medida é subordinada ao exercício de uma ação de execução forçada, não se tratando de uma notificação; outros contra argumentam que «toda estipulação contrária às disposições dos artigos 1244-1 e 1244-2 [sendo] reputada não escrita», entende-se dificilmente que o juiz possa ser impedido por uma cláusula resolutoiva de conceder um ‘délai de grâce’ ao devedor enquanto ela não é adquirida”.

Em sentido oposto, afirma Christophe Paulin⁸⁶ que está de má-fé aquele que se recusa a cumprir sua obrigação, pouco importando que o faltante tenha agido com negligência, imprudência ou incompetência, pois sua falha obrigacional, por si só, enseja a incidência da cláusula resolutiva, até por constituir sanção prevista pelos próprios contratantes.

Em resumo, o sistema francês distingue-se do alemão por exigir a intervenção judicial para a resolução do contrato, de modo que “*La résolution doit être demandée en justice*”⁸⁷, restando vedada a autotutela. Aliás, em tese de doutoramento apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem observou Raquel Bellini de Oliveira Salles⁸⁸ que

O excessivo rigor evidencia a dificuldade de se assimilar, em nossa cultura jurídica, a autotutela contratual com eficácia resolutiva, haja vista a prática corrente, e não raro absolutamente desnecessária, de se recorrer ao judiciário a fim de obter a chancela do Estado. No entanto, o que se pretende reforçar nesta sede é justamente o importante papel desempenhado pela cláusula resolutiva expressa como eficiente mecanismo de defesa de interesses merecedores de tutela, especialmente naquelas relações contratuais que demandam celeridade na solução dos respectivos conflitos.

Independentemente desse posicionamento, prevalece no direito brasileiro entendimento segundo o qual “permitir a resolução pela vontade exclusiva da parte seria admitir que a fizesse pelas suas próprias mãos”⁸⁹, prática esta vedada, regra geral, pelo atual ordenamento jurídico.

Todavia, se o sistema alemão tem o mérito de conferir grande celeridade à solução do caso, aponta a doutrina pátria algumas vantagens em relação ao sistema francês. Primeiramente, ao se requerer a resolução judicial, é possível ao magistrado conceder à parte

⁸⁶ No original: “*Peu importe que le débiteur ait agi par négligence, imprudence ou incompétence. Dans tous ces cas, il commet un manquement à ses obligations sanctionné par la clause résolutoire*”. PAULIN, Christophe. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 85.

⁸⁷ CARBONNIER, Jean. **Droit Civil: les obligations**. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 302. Em livre tradução: “a resolução deve ser demandada na justiça”. A afirmação é também notada em Geneviève Helleringer: “*Si l'on excepte la possibilité, récemment étendue, d'une rupture unilatérale aux risques et périls du contractant qui en prend l'initiative, la demande en résolution sur le fondement de l'article 1184 du Code civil est soumise à l'intervention judiciaire. Le juge doit apprécier, au regard de la gravité de l'inexécution, si la rupture du contrat se justifie; il accorde éventuellement un délai supplémentaire pour l'exécution*”. **Les Clauses du Contrat: essai de typologie**. Paris: LGDJ, 2012. t. 536, p. 203. Em livre tradução: “Se aceitarmos a possibilidade, recentemente compreendida, de uma ruptura unilateral por conta e risco do contratante que toma a iniciativa, a demanda resolutória com fundamento no art. 1184 do Código Civil é submetida à intervenção judicial. O juiz deve apreciar, a despeito da gravidade da inexecução, se a ruptura do contrato se justifica; ele eventualmente concede ao devedor um prazo suplementar para a execução”.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207.

inadimplente, dadas às circunstâncias, um prazo razoável para que cumpra sua obrigação. Tal posicionamento, em França, talvez se justifique pelo fato de os redatores do Código Civil Francês terem preferido salvar o contrato a resolvê-lo, permitindo, assim, execução tardia⁹⁰.

No Brasil, esse posicionamento talvez se justifique em razão dos novos princípios que norteiam as relações contratuais, notadamente o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato⁹¹ e o da boa-fé objetiva, considerada verdadeira cláusula geral do direito obrigacional e contratual⁹².

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que o contrato não mais representa um antagonismo entre as partes, mas sim “um instrumento de cooperação, onde todos os signatários se encontram comprometidos com a concreta e efetiva implementação das finalidades do negócio jurídico nele representado”⁹³, é razoável pressupor que o juiz poderá, dadas as circunstâncias (e.g. boa-fé do inadimplente), conceder-lhe prazo razoável

⁹⁰ A afirmação encontra apoio em M. Jestaz: “*Ce processus retardateur s’explique par le désir, chez les rédacteurs du code, de mettre tout en oeuvre pour sauver le contrat, en permettant une exécution tardive*”. *L’urgence et les principes classiques du droit civil*. Thèse. LGDJ, t. 87, préf. P. Raynaud, 1968. Apud CHABAS, Cécile. *L’Inexécution Licite du Contrat*. Paris: LGDJ, 2002. t. 380, p. 313. Em livre tradução: “Esse procedimento retardatário se explica ante o desejo, pelos redatores do código, de fazer todo o possível para salvar o contrato, permitindo, assim, uma execução tardia”.

⁹¹ Esse princípio, segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária”. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

⁹² AMARAL, Francisco. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2014. v. 44 e 45, p. 157.

⁹³ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 51. No mesmo sentido, a lição de Pietro Perlingieri: “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor. Também o terceiro encontra-se envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade, e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um ‘bem’ autônomo sobre o qual, em modo evidente, incidem direitos de terceiros qualificados (tome-se, como exemplo, o usufrutuário e o credor pignoratício de créditos: arts. 2.800 ss., 2.025, 1.250, 1.254 Cód. Civ.) e que os terceiros são obrigados a respeitar”. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 212. Do mesmo autor, extrai-se outro ensinamento: “*L’attuazione del rapporto obbligatorio, oltre all’interesse del creditore, ‘può’ realizzare anche interessi giuridicamente rilevanti del debitore. Ovviamente una considerazione prioritaria e prevalente deve essere riservata all’interesse creditório, il quale, non a caso, è inserito nella previsione normativa (1174) fra gli elementi essenziali del rapporto obbligatorio*”. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 220. Em livre tradução: “a relação obrigacional, além do interesse do credor, ‘pode’ realizar também interesse juridicamente relevante do devedor. Obviamente, uma consideração prioritária e prevalente deve ser dada aos interesses do credor, o que, não a caso, é previsto na lei (1174) como elemento essencial da relação obrigacional”. A ideia em torno da cooperação também ganha destaque em Emilio Betti: “Veremos como a ideia de ‘cooperação’ é o fio condutor que serve para orientar o jurista nas grandes questões do direito das obrigações”. *Teoria Geral das Obrigações*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006, p. 30.

para que cumpra a obrigação antes de declarar resolvido o negócio jurídico entabulado pelas partes. Isso não apenas porque o direito contratual é atualmente regido pelos já referidos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e financeiro do contrato e da função social⁹⁴, mas também porque a cooperação traz consigo a ideia de sociabilidade e amizade, na linha adotada pela doutrina francesa⁹⁵.

Outro argumento pode ser invocado em favor do sistema francês. O magistrado, segundo Orlando Gomes⁹⁶,

pode repelir a resolução pura e simples e atribuir ao credor lesado o direito à indenização de perdas e danos, se é inexecução parcial tão exígua que o credor tire o proveito essencial do contrato. É que, nesse sistema, a resolução do contrato não é propriamente efeito da cláusula resolutiva tácita, mas resultado de uma decisão judicial provocada em ação própria na qual se aprecia o pedido para que a inexecução alegada seja certificada e suas consequências definidas.

O assunto, no entanto, será abordado no item 2.2, quando se tratar da inexecução parcial da obrigação, ocasião em que o interesse do contratante inocente (não faltoso) pode não mais subsistir, ensejando o pedido resolutivo. Em síntese, são esses os dois grandes sistemas que tratam do tema proposto, tendo o direito pátrio, como já afirmado, optado pelo sistema francês.

Entretanto, não se poderia deixar de mencionar a posição adotada pelos ordenamentos português e italiano, principalmente por conta dos entendimentos adotados por seus juristas quanto ao direito obrigacional, situando-se a questão em torno do incumprimento via cláusula resolutiva em posição intermediária, se comparada aos já referidos sistemas alemão e francês.

1.3 Critérios intermediários: os sistemas português e italiano

⁹⁴ “Atualmente, há três novos princípios que regem qualquer obrigação assumida contratualmente. Estes, ao invés de girarem em torno da autonomia privada, acabam por reduzi-la, coibindo os eventuais excessos causados pela liberdade contratual, outrora ampla e irrestrita. São eles: a boa-fé objetiva, o princípio do equilíbrio econômico financeiro do contrato e a função social do contrato”. SILVA, Roberta Mauro e. *Relações Reais e Relações Obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83-84.

⁹⁵ Nesse sentido, a lição de Cécile Chabas: “*L'idée de coopération n'a rien de nouveau. Il est de plus en plus soutenu que dans tous les contrats, les contractants doivent, si possible s'aimer comme des frères, car la convention devient un 'haut-lieu de sociabilité et d'amitié'*”. **L'Inexécution Licite du Contrat**. Paris: LGDJ, 2002. t. 380, p. 382. Em livre tradução: “A ideia de cooperação não é nova. Cada vez mais se sustenta que em todos e quaisquer contratos, os contratantes devem, se possível, amar-se como irmãos, porquanto a convenção torna-se o ponto central de sociabilidade e de amizade”.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207-208.

No direito português, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro, verifica-se que o instituto da resolução é também pouco explorado pela doutrina e pela jurisprudência daquele país⁹⁷, o que não impediu António Menezes Cordeiro⁹⁸ de afirmar que “em obrigações de prestações recíprocas, o incumprimento de uma delas faculta ao interveniente fiel: - a faculdade de resolver o contrato; - a faculdade de opor a exceção do contrato não cumprido”.

Em Portugal, a faculdade de resolver o contrato ante o incumprimento obrigacional de um dos contratantes foi gradativamente sendo incluída nos contratos como cláusula, levando o referido jurista português a concluir que essa “inclusão tornou-se de tal forma usual que acabou por ser considerada como condição resolutiva tácita dos contratos”⁹⁹.

Na mesma linha adotada pelo Código Civil Português de 1867, também conhecido como Código de Seabra¹⁰⁰, o Código Civil Português de 1966 não estabelece, como causa geral de resolução, o não cumprimento da prestação recíproca por parte de ambos os contratantes.

Esse fato leva a crer que o credor pode resolver o contrato mediante simples endereçamento de vontade à outra parte¹⁰¹, admitindo José Carlos Brandão Proença¹⁰² que essa manifestação ocorra sem maiores formalidades, podendo revestir-se, inclusive, de forma verbal, apesar de se referir a um contrato escrito.

⁹⁷ “Perante tal ausência de regulação legal *geral* dos efeitos da resolução *contra legem*, por um lado e, por outro, a manifesta dificuldade em determinar a existência de uma situação de inadimplemento e de delinear o limiar mínimo de gravidade do incumprimento relevante para efeitos do surgimento de um direito de resolução, seria expectável que esta problemática tivesse sido objecto de especial atenção por parte da doutrina e jurisprudência nacionais, à semelhança do que hoje sucede, por exemplo, na ordem jurídica francesa, perante o crescente reconhecimento da figura da resolução extrajudicial. Tal não é o caso, sendo o debate, como a produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema escassos”. FARRAJOTA, Joana. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 14-15.

⁹⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias**. Coimbra: Almedina, 2014. t. IX, p. 138.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 138.

¹⁰⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 51.

¹⁰¹ “**Código Civil Português, art. 801º**. Impossibilidade culposa. 1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação. 2. 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”.

¹⁰² “A natureza potestativa da declaração de resolução transmite-lhe as características da unilateralidade recíproca (art. 224º, 1, 1ª parte do C.C.), irrevogabilidade (arts. 224º, 1, 1ª parte e 230º, 1, do C.C.), incondicionalidade natural e concretização (dos factos fundamentantes ou da *Rücktritts-grund*), não estando, ainda, sujeita a formalidades especiais (desde que não se pense registrar a declaração para evitar a protecção de terceiros), pois pode ser manifestada verbalmente, apesar de se referir a um contrato escrito”. PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 164-165.

Portanto, o critério adotado seria o da resolução por declaração¹⁰³, nos termos do art. 436, n° 1¹⁰⁴, do Código Civil Português, assemelhando-se, em um primeiro momento, ao sistema alemão. Todavia, uma vez que a resolução

tem por base um fundamento que a permita, é sempre possível à parte que a pretenda contestar, recorrer ao Tribunal para esse efeito. Neste caso, no entanto, o Tribunal será chamado, não a decretar a resolução, mas a verificar se estavam preenchidas as condições necessárias para o seu exercício.

Uma vez verificado o fundamento resolutivo, a parte pode decidir livremente se exerce ou não a resolução. No entanto, para evitar a situação de indefinição que se pode verificar no contrato, se essa parte não optar pelo exercício do direito de resolução ou pela renúncia ao mesmo, a outra parte pode fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade (art. 436, n° 2). Assim se evita que o titular do direito de resolução adquira a faculdade de se desvincular do contrato a todo o tempo, pondo em crise a sua estabilidade¹⁰⁵.

Ao que parece, propõe o sistema português um critério intermediário, porquanto o Poder Judiciário será chamado não a decretar a resolução do contrato – que se opera com a declaração resolutiva – mas sim a verificar se estão preenchidas as condições necessárias para o seu exercício, podendo, ainda, ser fixado um prazo para que o contratante fiel exerça seu direito à resolução do contrato, evitando, com isso, instabilidade contratual e social.

No mais, a parte não faltosa¹⁰⁶ pode valer-se, caso desejar, desse seu direito potestativo¹⁰⁷, reservando-se à contraparte o direito de contestar judicialmente a resolução caso entenda haver alguma irregularidade, “podendo os tribunais, mediante o reconhecimento da respectiva ilicitude, determinar a subsistência do vínculo e condenar o declarante a

¹⁰³ Observa Joana Farrajota: “Parte significativa da doutrina e jurisprudência nacionais tende a aceitar a tese segundo a qual a resolução, operando através de declaração receptícia, se produz no momento em que esta chega ao poder/conhecimento da contraparte, extinguindo nesse momento o contrato, independentemente de a resolução ser fundada ou não”. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 15.

¹⁰⁴ “**Código Civil Português, art. 436º**. Como e quando se efectiva a resolução. 1. A resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte. 2. 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”.

¹⁰⁵ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Telles de. **Direito das Obrigações: transmissão e extinção das obrigações: não cumprimento e garantias do crédito**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. II, p. 98-99.

¹⁰⁶ É a lição de Fernando de Gravato Morais: “Tem legitimidade (activa) para emitir a declaração resolutiva o promitente não faltoso, dirigindo-a à parte que consigo contratou”. **Contrato-Promessa em Geral. Contrato-Promessa em Especial**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 167.

¹⁰⁷ “Não raramente sucede que é aposta num contrato – não sendo o contrato-promessa uma exceção – uma cláusula resolutiva, que permite às partes definir e concretizar as circunstâncias que originam o incumprimento definitivo, relevando os moldes em que tal inadimplemento se verifica. Portanto, é agora a específica estipulação que regula as condições em que há lugar à resolução, atenta a inexecução definitiva do contrato. Como observa Baptista Machado, ‘a verificação do evento previsto é apenas um pressuposto da constituição do direito potestativo de, mediante declaração unilateral, operar a resolução do contrato (da relação contratual)’”. *Ibidem*, p. 165.

indemnizar a parte lesada pelos danos sofridos”¹⁰⁸.

Para Joana Farrajota¹⁰⁹, a orientação adotada pelo ordenamento jurídico português “privilegia a liberdade de desvinculação do declarante em detrimento da protecção da estabilidade do vínculo contratual, das expectativas criadas com a celebração do negócio jurídico na contraparte”. Daí o porquê afirmar a autora lusitana, adiante, que a “resolução exerce-se, como se referiu, por norma extrajudicialmente, «*mediante declaração à outra parte*»”¹¹⁰. Assim,

O art. 436º, 1 do C. C., ao permitir que a resolução (convencional ou legal) se possa exercer mediante declaração à outra parte, adopta o sistema «declarativo» dos §§ 349 do B.G.B. e 80, 2 do Z.G.B. («Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile») e afasta a necessidade (como princípio geral) de uma intervenção constitutiva-condenatória do tribunal, exigida, em princípio, pelos sistemas resolutivos francês, espanhol e italiano¹¹¹.

Nessa linha de raciocínio, observam Fernando Andrade Pires de Lima e João Matos Antunes Varela que esta declaração tem interesse porque “marca o momento da resolução, mesmo que haja necessidade, posteriormente, de obter a declaração judicial de que o acto foi legalmente resolvido”¹¹².

Talvez por isso tenha José Carlos Brandão Proença¹¹³ afirmado, ao contrário de sua conterrânea Joana Farrajota, haver certa tendência de o direito português se aproximar cada vez mais do modelo francês. Melhor explicando, haveria para esse jurista a necessidade de o Poder Judiciário intervir, ainda que o processo seja mais custoso e menos célere, não obstante apresentar o modelo português um perfil essencialmente declarativo quanto ao critério resolutivo.

A questão em torno do prazo merece igual ponderação. Em observância ao já referido art. 436 do Código Civil Português, a resolução do contrato pode ocorrer mediante declaração à outra parte (art. 224º)¹¹⁴, dispondo a redação final do seu item 2 que, não

¹⁰⁸ FARRAJOTA, Joana. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 16.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 16.

¹¹⁰ Ibidem, p. 33.

¹¹¹ PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 163-164.

¹¹² LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil Anotado**. 4. ed. rev. e actual., com colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra, 1987. v. I, p. 412.

¹¹³ PROENÇA, op. cit., p. 167-168.

¹¹⁴ “**Código Civil Português. Art. 224º**. Eficácia da declaração negocial. 1. A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida; as outras, logo que a vontade do declarante se manifesta de forma adequada. 2. É também considerada eficaz a declaração que só por culpa do destinatário não foi por ele oportunamente recebida. 3. A declaração recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, não poder ser conhecida é ineficaz”.

havendo um prazo estipulado para a resolução, pode a outra parte fixá-lo ao titular do direito de resolver, sob pena de caducidade¹¹⁵. Aparentemente, esse prazo seria de dois anos, por aplicação analógica do art. 1094 do Código Civil Português¹¹⁶, que dispõe sobre a resolução do arrendamento urbano.

De qualquer sorte, extinguindo-se a relação contratual, a resolução dá lugar, “em princípio, à restituição do que houver prestado. Por isso, estatui o n.º 2 do artigo 432º que não pode resolver o contrato a parte que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contratante, não estiver em condições de restituir o que houver recebido”¹¹⁷.

Transportado o pensamento para o direito brasileiro, acredita-se que o posicionamento se justifique ante a proibição de ocorrer enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes, em detrimento da outra.

Enfim, o que motiva a resolução do contrato, no direito português, é no mais das vezes o incumprimento obrigacional, que, tal como ocorre em outros países, não pode ocorrer na presença de toda e qualquer situação. Com isso, pretende-se dizer que não constituirá fundamento suficiente para a resolução qualquer incumprimento obrigacional, pois acena o direito português, igualmente, com a gravidade da situação. Isto é,

Ao conceder a faculdade de resolver um contrato a lei confere a uma das partes o poder de destruir, unilateralmente, uma relação jurídica. Compreende-se assim que o exercício daquele direito não seja admitido em reação a *qualquer* violação contratual; exige-se que seja *grave*. Tal resulta, designadamente, do n.º 2 do artigo 802.º do CC que, a propósito do incumprimento parcial, determina que «o credor não pode (...) resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância»¹¹⁸.

No direito italiano, por sua vez, a resolução também se associa à dissolução de um contrato, muito embora não seja esta a única forma de se extinguir o vínculo, vale

¹¹⁵ “Se foi convencionado prazo, ou se este tiver sido fixado nos termos deste artigo, o não exercício do direito importa caducidade. Não havendo prazo, convencionado ou fixado nos termos deste artigo, o direito de resolução está sujeito à prescrição nos termos gerais (cfr. nota ao art. 298º). A faculdade concedida à outra parte de fixar ao titular do direito de resolução um prazo para o exercício deste tem por fim evitar que ela fique indefinidamente na dúvida sobre se o outro contraente deseja a resolução do contrato ou a sua manutenção”. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil Anotado**. 4. ed. rev. e actual., com colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra, 1987. v. I, p. 412.

¹¹⁶ “**Artigo 1094.º** Tipos de contratos. 1 - O contrato de arrendamento urbano para habitação pode celebrar-se com prazo certo ou por duração indeterminada [...]. 3 - No silêncio das partes, o contrato considera-se celebrado com prazo certo, pelo período de dois anos”.

¹¹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 611. Em complemento, transcreve-se o texto do art. 432 do Código Civil Português: “Resolução do Contrato. **Artigo 432.º**. Casos em que é admitida. 1. É admitida a resolução do contrato fundada na lei ou em convenção. 2. A parte, porém, que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contratante, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato”.

¹¹⁸ FARRAJOTA, Joana. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 39-40.

dizer, além da resolução, o resultado extintivo pode igualmente ser alcançado por mútuo consentimento, desistência unilateral, condição resolutiva ou por outras causas permitidas por lei. É o que ensina Pietro Perlingieri¹¹⁹:

La risoluzione non rappresenta l'unico modo di giungere allo 'scioglimento del contratto'. A questo risultato si può pervenire mediante mutuo dissenso, recesso unilaterale, condizione risolutiva [retro, 50] e per altre cause ammesse dalla legge (1372). La risoluzione, in particolare, opera in presenza di contratti a prestazioni corrispettive (1453, 1364, 1468).

A seu turno, explica Enzo Roppo¹²⁰ que a resolução do contrato, em geral, pode ocorrer por três causas: “quando a prestação devida por uma parte se torna impossível, quando a prestação devida por uma parte se torna excessivamente onerosa e quando a prestação devida por um dos contratantes não foi (exactamente) cumprida”. O ordenamento jurídico italiano, porém, determina que

A possibilidade de resolver o contrato por não cumprimento é, em todo o caso, subordinada a uma condição: que o não cumprimento não tenha «*escassa importância*», atendendo ao interesse da parte que o sofre. Seria, na verdade, absurdo e injusto – e correria o risco de perturbar o bom andamento do tráfico – se cada parte fosse legitimada a desembaraçar-se do contrato, tomando por pretexto toda a mínima e insignificante inexactidão na execução da outra parte. É necessário, ao invés, que o não cumprimento invocado por quem pede a resolução, seja razoavelmente sério e grave, e prejudique, de modo objectivamente considerável, o seu interesse. A existência destes pressupostos deve ser avaliada, caso a caso, pelo juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto e, eventualmente, atendendo também à experiência de análogas relações ocorridas, no passado, entre as mesmas partes¹²¹.

Da mesma forma que o assunto é previsto pelo já referido art. 802, nº 2, do Código Civil Português, essa questão em torno da escassa importância é igualmente tratada pelo art. 1.455 do Código Civil Italiano¹²², cuja redação refere-se ao fato de o contrato não poder ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes se revelar de escassa importância, considerando o interesse do outro contratante.

Deste modo, verifica-se que esse dispositivo legal não autoriza a resolução do contrato se a inexecução é mínima, não trazendo maiores prejuízos ao outro contratante,

¹¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 454. Em livre tradução: “A resolução não é a única forma de se chegar à dissolução do contrato. Este resultado também pode ser alcançado por mútuo consentimento, desistência unilateral, condição resolutiva ou por outras causas permitidas por lei. A resolução, em particular, opera na presença de contratos sinalagmáticos”.

¹²⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 254.

¹²¹ *Ibidem*, p. 266.

¹²² “*Art. 1.455 Importanza dell'inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti há scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*”

assemelhando-se o entendimento ao direito português.

Quanto às relações ocorridas no passado, anota a doutrina que a experiência prévia entre os contratantes é igualmente importante porque pode influenciar na decisão de se resolver, ou não, o contrato. Assim, se uma das partes sempre permitiu ou tolerou atrasos no cumprimento obrigacional em relação à outra parte contratante, por exemplo, não seria razoável resolver o contrato ante um novo atraso¹²³. Este fato dá margem à incidência, salvo melhor juízo, às figuras parcelares *suppressio* e *surrectio*, a serem adiantes estudadas (item 2.3).

Dadas essas experiências pretéritas, é possível afirmar, então, que a simples demora no cumprimento obrigacional pode não constituir elemento suficientemente grave para justificar a resolução do contrato¹²⁴, sob pena de eventualmente restar configurado o abuso de direito nas figuras parcelares supra referidas¹²⁵.

Em síntese, o magistrado é chamado a operar uma “*avaliação segundo a boa fé* da complexiva economia do negócio e das legítimas expectativas das partes, fundadas sobre aquela, de modo a rejeitar as pretensões com ela incongruentes”¹²⁶.

¹²³ No Brasil, após analisar julgados do TJSC e TJPR, observa Ana de Oliveira Frasso que “a faculdade de por fim ao contrato deve ser exercida de forma razoável e atenta aos seus propósitos, não podendo se transformar em meio de sancionar, de forma abusiva, o devedor em razão de descumprimentos contratuais que foram tolerados por tempo razoável”. Breve Panorama da Jurisprudência Brasileira a Respeito da Boa-fé Objetiva no seu Desdobramento da *Supressio*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 605.

¹²⁴ Em parecer datado de 28.08.1964, Washington de Barros Monteiro também leva em consideração a inércia de um dos contratantes para não considerar resolvido o contrato, em que pese terem as partes estipulado, no negócio, cláusula resolutiva expressa. Desse parecer, extrai-se o seguinte trecho: “De feito, mercê de sua atitude, redigindo tal carta e deixando depois de tomar qualquer iniciativa ante o atraso no pagamento das prestações, logrou o promitente-vendedor adormecer ou aniquilar a vigilância do compromissário-comprador, dando-lhe a impressão da não-vigência de cláusula resolutória”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./1966. v. 365, p. 41.

¹²⁵ O abuso de direito está geralmente ligado a um comportamento inadequado à determinada funcionalidade, podendo causar um prejuízo não insignificante a outrem. É a lição de Jorge Manuel Coutinho de Abreu: “Os direitos subjectivos são instrumentos para as pessoas prosseguirem interesses, são meios de satisfação de necessidade pessoais – é a ideia nuclear de que se parte. É para isso que a sociedade judicadamente [sic] ordenada os confere ou reconhece – revelando nessa medida o «social». Logo, se se invoca um direito para legitimar um comportamento inadequado àquela funcionalidade, essa invocação [sic] é espúria, pois tal comportamento não pode então traduzir as faculdades em que o direito se analisa. Isto é, não pode em rigor falar-se nesse caso de *exercício* de um direito – por mais que o comportamento pareça sê-lo (residindo, porém, nesta aparência o sinal distintivo do abuso de direito, em relação à pura e simples ilegalidade). Mas só isto não basta. A simples não actuação ou mesmo negação de interesses próprios pelo sujeito de um direito é juridicamente irrelevante enquanto se não projectar na esfera de interesses de outrem. Só quando o referido comportamento for susceptível de causar um prejuízo não insignificante a um terceiro se configurará o abuso de direito”. **Do Abuso de Direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 43-44.

¹²⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 266. Em sentido similar, a lição de Joana Farrajota: “Perante um litígio com base no incumprimento de uma obrigação, a decisão deverá ter por base um juízo de boa fé, através do qual será possível determinar se o cumprimento, face às circunstâncias, ainda é possível sem que se ultrapasse aquela margem de sacrifício a que as partes se vincularam ao celebrar o contrato. O juízo de controlo entre as circunstâncias e a execução do contrato é substancialmente idêntico quer se avalie o sacrifício patrimonial de execução da obrigação, quer se avalie o esforço (não patrimonial) para o desenvolvimento da atividade exigida”. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 284-285.

Isso significa que “a boa fé desempenha em Itália um papel significativo como instrumento de atenuação da responsabilidade por incumprimento”¹²⁷, fruto das grandes mudanças econômicas e sociais provocadas pela primeira grande guerra, flexibilizando o *pacta sunt servanda*¹²⁸.

Mas, especificamente quanto à cláusula resolutiva expressa, é possível que as partes contratantes insiram determinada situação que, verificada, enseje a resolução do contrato, subtraindo do magistrado seu poder de intervenção e apreciação, tal como defendem, paradoxalmente, alguns juristas franceses, a exemplo de Philippe Malaurie, Laurent Aynès e Jacques Ghestin¹²⁹. Por outras palavras,

Através da *cláusula resolutiva expressa*, que as partes podem – se o quiserem – inserir no regulamento contratual, é estabelecido que, se uma determinada obrigação contratual não for cumprida exacta e tempestivamente, o contrato será considerado resolvido (art. 1456º, 1, Cód. Civ.). Deste modo, as partes limitam o âmbito da avaliação discricionária de que o juiz dispõe, em regra, quando verifica a gravidade do não cumprimento de uma parte, tendo em atenção o interesse da outra, e subtraem-lhe o poder de negar a resolução quando não considere o incumprimento suficientemente grave: o juízo sobre a objectiva gravidade do não cumprimento é absorvido pela avaliação que as partes fizeram preventivamente reconhecendo-o, sem mais, adequado para justificar a resolução¹³⁰.

Portanto, prevê o ordenamento jurídico italiano, com base no art. 1.456 de seu Código Civil¹³¹, a possibilidade de os próprios contratantes expressamente delinearem no negócio jurídico as hipóteses em que o contrato será considerado resolvido, notadamente se

¹²⁷ FARRAJOTA, Joana. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 283.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 283.

¹²⁹ Para Philippe Malaurie e Laurent Aynès, “*La clause résolutoire retire au juge son intervention pour prononcer la résolution et son pouvoir d’appréciation*”. In: **Cours de Droit Civil: les obligations**. 6. ed. Paris: Éditions Cujas, 1995. t. VI, p. 431. Em livre tradução: “A cláusula resolutória retira do juiz sua intervenção para declarar a resolução bem como seu poder de apreciação”. Também no mesmo sentido, o já referido Jacques Ghestin, professor na Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne): “*Pour le créancier, l’avantage essentiel de la clause résolutoire expresse est d’écarter le pouvoir d’appréciation du juge quant à l’opportunité de la résolution, et ainsi de sanctionner avec beaucoup plus de rigueur l’inexécution du contrat. Dès l’instant que les conditions prévues sont réunies, et si rigoureuses qu’elles puissent être, le juge ne peut refuser de constater la résolution (178)*”. In: **Traité de Droit Civil: les obligations: les effets du contrat**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 443. Em livre tradução: “Para o credor, a vantagem essencial da cláusula resolutória expressa é afastar o poder de apreciação do juiz quanto à resolução, e assim sancionar com muito mais rigor a inexecução do contrato. Desde o instante em que as condições previstas se fazem presente, e por mais rigorosas que possam ser, não poderá o juiz recusar-se a constatar a resolução (178)”.

¹³⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 267.

¹³¹ “**Art. 1.456 Clausola resolutiva expressa**. *I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica diritto (1517) quando la parte interessata dichiara all’altra che intende valersi della clausola resolutiva*”. Em livre tradução: “**Cláusula resolutiva expressa**. As partes podem concordar expressamente que o contrato se resolva caso uma determinada obrigação não seja cumprida na forma prescrita. Neste caso, a resolução ocorre logo (1517) quando o interessado leva ao conhecimento do outro sua intenção de fazer uso da cláusula resolutiva”.

grave for a falha cometida por algum contratante.

Michele Giorgianni¹³², de sua parte, acrescenta que “*la dichiarazione di non volere adempiere deve essere seria, oltre che esente da vizi*”, isto é, “a declaração de não querer adimplir deve ser séria, bem como livre de vícios”, o que também pode balizar a confecção da cláusula resolutiva expressa no contrato, atenta às suas funções e parâmetros.

De qualquer sorte, havendo prévia e expressa previsão contratual, estaria a parte prejudicada legitimada a optar pela resolução do contrato, privando o magistrado de emitir qualquer juízo de valor em razão de já tê-lo feito as partes contratantes, o que contribuiria, inclusive, para solucionar o caso com maior rapidez. É o que sustenta Pietro Perlingieri¹³³:

I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva qualora una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In presenza di un tale inadempimento, pur se documentato da identità scarsa importanza, il contratto si risolve in quanto le parti hanno concordato che esso giustifica la risoluzione. Le parti devono comunque indicare specificamente le obbligazioni e le modalità di adempimento alle quali attribuiscono carattere di essenzialità in quanto un'indicazione generica è considerata di mero stile e quindi priva di valore impegnativo. Affinché la risoluzione si verifichi non è sufficiente l'inadempimento ma è necessario che la parte che lo subisce dichiari alla parte inadempiente di volersi avvalere della clausola risolutiva (1456). La parte non inadempiente, infatti, potrebbe avere interesse a mantenere il vincolo contrattuale (interesse che non troverebbe possibilità di realizzazione se la risoluzione fosse automatica).

Do texto supra transcrito, verifica-se que caberá à parte inocente fazer valer a cláusula resolutiva expressa no contrato, caso opte por não manter o vínculo com o outro contratante por não mais lhe ser útil a prestação.

E, por todas essas peculiaridades, acredita-se estar correto afirmar que o direito italiano, tal como o português, situa-se numa posição intermediária se comparado aos direitos alemão e francês, ao menos no que se refere ao tratamento dispensado à cláusula resolutiva expressa.

¹³² GIORGIANNI, Michele. *L'Inadempimento: corso di diritto civile*. 3. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 180.

¹³³ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 456. Em livre tradução: “As partes podem expressamente concordar que o contrato seja resolvido se uma determinada obrigação não for cumprida em conformidade com as regras estabelecidas. Na presença de uma tal violação, ainda que de pouca importância, o contrato se resolveria porque as partes assim acordaram. As partes ainda devem especificamente indicar a quais obrigações e modalidades de adimplemento atribuem esse caráter, porquanto uma indicação genérica é considerada um mero estilo e, portanto, sem valor obrigatório. Para que a resolução ocorra não é necessário, tão somente, o inadimplemento, mas sim que a parte não faltosa manifeste sua intenção de fazer valer a cláusula de rescisão (1456). A parte não faltosa, de fato, poderia ter interesse em manter o vínculo contratual (interesse que não existiria se a resolução fosse automática)”.

1.4 Aspectos dinâmicos da cláusula resolutiva expressa

Questão das mais importantes, de indispensável presença neste texto, refere-se aos aspectos dinâmicos que envolvem a cláusula resolutiva expressa. Inicia-se o presente tópico, pois, com o seu conteúdo.

Nesse sentido, afirma-se que não se prestam aos fins colimados cláusulas resolutivas despidas de precisão, vale dizer, consideradas padrão, genéricas ou sem qualquer especificação. Ao contrário, exige-se que a cláusula resolutiva apta a resolver o contrato individualize os casos que legitimem a resolução do negócio, sob pena de invalidade. Sob essa perspectiva, afirma Luiz Felipe Silveira Difini¹³⁴ ser preciso especificar

quais prestações, se inadimplidas, facultarão ao credor exercer o direito formativo de resolver o contrato. Não basta mera referência genérica, por exemplo, de que o descumprimento de qualquer obrigação decorrente deste contrato, permitirá sua resolução.

Com efeito, toma-se, por exemplo, a tão comum e habitual redação em contratos de compra e venda de imóveis: “o não cumprimento de qualquer obrigação acarretará a imediata rescisão do contrato”¹³⁵.

Ora, redações genéricas ou sem maiores especificações não podem, como visto, conduzir à resolução do negócio, sob pena de configurar verdadeiro abuso (mau uso) do direito, principalmente se houver prejuízo ao outro contratante. Daí a pontual advertência do jurista português Fernando de Gravato Morais¹³⁶:

¹³⁴ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 707.

¹³⁵ Em dissertação de mestrado, Cristina de Cássia Bertaco amplia situações que, a seu sentir, não podem ser admitidas: “A lei não exige fórmulas sacramentais ou palavras especiais para que se possa classificar uma cláusula como resolutória expressa. O que é imprescindível é que esteja claro que, na hipótese de implementação da condição, *o contrato estará rompido de pleno direito* (ou *automaticamente* ou *pleno iure*). O que não se admite é que sejam empregadas expressões equívocas, como ‘*o presente contrato poderá ser rescindido na hipótese de*’ ou ‘*o presente contrato será rescindido na hipótese de*’, ‘*a parte A poderá considerar o presente contrato rescindido na hipótese de*’, ‘*a parte A poderá rescindir o contrato se ...*’ (empregou-se, propositadamente, o vocábulo *rescindir*, que, entre nós, é correntemente utilizado em lugar do correto *resolver*)”. **Cláusula Resolutória Expressa**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997, p. 63.

¹³⁶ MORAIS, Fernando de Gravato. **Contrato-Promessa em Geral. Contrato-Promessa em Especial**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 166. No mesmo sentido manifesta-se Carlos André Busanello dos Santos: “Para que a cláusula resolutiva convencional seja considerada como tal e, portanto, capaz de gerar os efeitos que lhe são iminentes, é imprescindível que no contrato esteja bem delineada, não sendo suficiente sua mera menção”. **Compra e Venda Imobiliária com Cláusula Resolutiva em Função da Forma de Pagamento: repercussão no registro de imóveis**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 40.

Cumpra, no entanto, realçar que é muito frequente – o que tem sido relevado devidamente pela doutrina –, a cláusula que determina que “se considera resolvido o contrato no caso de incumprimento de qualquer das obrigações dele emergentes”.

Tal convenção, qualificada como sendo “de estilo” ou até “inútil”, não representa qualquer modificação ao regime legal do incumprimento. A sua falta de precisão, o facto de ser genérica e indeterminada, torna-a uma cláusula não distintiva para produzir o efeito pretendido.

No mesmo sentido, o também português João Calvão da Silva¹³⁷:

Quando se limitem a fazer uma mera referência genérica, em branco, à violação de (qualquer uma das) obrigações nascentes do contrato, a estipulação não passará de uma cláusula de estilo, mero *rapel* do regime jurídico da chamada condição resolutiva tácita, já que não houve uma prévia vontade contratual (bilateral) que de facto valorasse especificamente a gravidade da inadimplência.

A inadimplência da específica obrigação prevista é fundamento e pressuposto indispensável da resolução. Dela emerge um direito potestativo que confere à parte adimplente (ou não inadimplente) o poder jurídico de, por um simples acto livre de vontade e *só por si*, produzir a resolução que, inelutavelmente, se impõe à contraparte inadimplente.

Parece razoável propor, então, que a cláusula resolutiva esteja bem delineada no contrato, podendo referir-se a uma ou algumas obrigações. A adoção desse posicionamento se justifica à medida em que as partes contratantes, até mesmo em decorrência de seu dever de cooperação, devem programar-se para alcançar o fim último do contrato, representado pelo pagamento¹³⁸.

O pagamento, adimplemento ou execução inaugura, pois, a última fase da relação obrigacional uma vez que a obrigação, sob a perspectiva estrutural e funcional¹³⁹, é considerada um processo dinâmico voltado à plena satisfação das vontades dos contratantes,

¹³⁷ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 322-323.

¹³⁸ “Antes, devemos saber que adimplemento ou execução são palavras sinônimas de pagamento, solução, implemento, entre outras”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 128.

¹³⁹ “a doutrina mais moderna, reconhecendo a insuficiência da análise exclusivamente estrutural, destaca que a disciplina da relação obrigacional deve partir prioritariamente da investigação das finalidades que as partes perseguem com o cumprimento da obrigação. A própria razão para o ordenamento tutelar determinada relação obrigacional passa pela apreciação da legitimidade das suas finalidades, exigindo-se, nesse sentido, que o interesse do credor no cumprimento da obrigação seja digno de tutela [...]. Nesses termos, a obrigação deixa de ser concebida com um fim em si mesmo para ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor. Esta sua função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional até o momento de sua extinção, servindo, em particular, de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que são chamadas, de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, a colaborarem mutuamente para a plena realização de seus legítimos interesses”. 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, 2008. v. II, p. 266-267.

com leve predominância dos interesses do credor¹⁴⁰. Por essa razão,

Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo¹⁴¹.

Além de a obrigação ser vista como um processo, cujo conceito é agora reconhecido pela legislação¹⁴², ressalta Daniel Eduardo Carnacchioni¹⁴³ que o adimplemento deve ser “o mais satisfatório para o credor e menos oneroso para o devedor”.

Então, tem-se como certo que o pagamento, assim entendido como “a execução voluntária da prestação devida ao credor, no tempo, no lugar e na forma previstos no título constitutivo da obrigação”¹⁴⁴, constitui ato que “atrai e polariza a obrigação”¹⁴⁵, extinguindo-a¹⁴⁶. O pagamento, portanto, realiza o fim direto da obrigação porque satisfaz a prestação devida, nos exatos moldes contratados.

Todavia, apesar de constituir o fim último perquirido pelos contratantes, é possível que a relação obrigacional não chegue ao seu final ante o incumprimento, total ou parcial, de uma obrigação assumida pelo contratante faltoso, acarretando a resolução do negócio caso não mais subsista interesse, por parte do credor, em receber a prestação ou ela própria se torne impossível.

¹⁴⁰ Nessa direção, a afirmação de Pietro Perlingieri: “*L'interesse del creditore è, innanzitutto, indispensabile per la stessa nascita del rapporto. Altrimenti non si giustificerebbe neppure l'imposizione al debitore di un vincolo che ne limiti e ne comprima la libertà; il nostro sistema, infatti, non ne ammette restrizioni, se non in ragione ed in funzione della realizzazione di interessi altrui considerati preminenti*”. **Manuale di Diritto Civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 220. Em livre tradução: “O interesse do credor é, antes de tudo, indispensável para o próprio nascimento da relação. Caso contrário, não se justificaria sequer impor ao devedor um vínculo que limite e reduza a sua liberdade; o nosso sistema, de fato, não admite restrições, se não em razão e em função da realização de interesses de outros considerados proeminentes”.

¹⁴¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20-21.

¹⁴² Extraí-se do texto escrito por Luciana Pedroso Xavier, Marília Pedroso Xavier e Paulo Roberto Ribeiro Nalin o seguinte trecho: “Ainda, segundo Martins-Costa, somente agora a legislação pátria reconhece o conceito de obrigação vista como um processo. É que o novo Código, por meio de sua sistemática e de suas diretrizes, deu relevo à figura do adimplemento, aludido no Título III do Livro referente ao Direito das Obrigações”. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II, p. 320.

¹⁴³ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 209.

¹⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 591.

¹⁴⁵ SILVA, op. cit., p. 17.

¹⁴⁶ “O adimplemento, a *solutio*, a execução, realiza o fim da obrigação: satisfaz e libera; donde cessar a relação jurídica entre o devedor e o credor”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações**. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXIV, p. 142.

Feitas essas considerações, retorne-se ao estudo da cláusula resolutiva expressa. Como afirmado, esta espécie de cláusula resolutiva deve estar apropriadamente delineada no contrato, sob pena de não alcançar os fins pretendidos e/ou ensejar alegações quicá imbuídas de má-fé (e.g. não cumprimento de obrigação ao argumento de que a cláusula está mal redigida, gerando equívoco de interpretação)¹⁴⁷.

Não podem as partes, portanto, dar à cláusula resolutiva um conteúdo genérico, superficial, sendo este, inclusive, o entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra, conforme se vê do julgado adiante transcrito:

IV - Não podem as partes contraentes dar a uma cláusula resolutiva expressa um conteúdo genérico, podendo, no entanto, fazer explícita e discriminada menção a cada uma das obrigações constantes do contrato, inscrevendo-as como causa/fundamento de resolução. V - Uma cláusula contratual em que as partes tenham deixado expresso que o incumprimento das obrigações decorrentes do contrato permite a resolução deste, caso o incumprimento ou a mora não seja remediada no prazo de 15 dias a contar da recepção da comunicação escrita para esse efeito, reproduz o sentido do art. 808º, nº 1 do C. Civil, obrigando primeiro a uma intimação para cumprir no prazo de 15 dias e, depois, a uma outra declarando a resolução (incumprimento definitivo) do contrato. VI - A existência de uma cláusula resolutiva expressa feita constar num contrato, para que produza o efeito pretendido, impõe que a causa/fundamento de resolução se verifique no concreto, caso contrário o contrato não cessa¹⁴⁸.

Destarte, deve a cláusula resolutiva estar muito bem detalhada no contrato celebrado entre os contratantes, o que significa dizer que “a declaração que se enquadra no desenvolvimento de negociações deve ser interpretada do modo como o destinatário podia e devia razoavelmente entendê-la segundo o critério da boa-fé”¹⁴⁹.

Nesse sentido, vale lembrar que lealdade, transparência e cooperação entre os contratantes devem permear, atualmente, as relações obrigacionais, não sendo aceitável que um contratante alegue, posteriormente, não conhecer os termos ou detalhes de uma cláusula que ele próprio redigiu ou ajudou a redigir, dificultando o adimplemento contratual. Agir dessa forma é *venire contra factum proprium*, tema a ser igualmente enfrentado neste texto.

¹⁴⁷ Nesse sentido, informa Philippe Malaurie e Laurent Aynès que “*L’interprétation des clauses résolutoires par la jurisprudence est stricte et est dominée par un formalisme rigoureux, lié, comme souvent, à l’automaticité des effets de la clause*”. *Cours de Droit Civil: les obligations*. 6. ed. Paris: Éditions Cujas, 1995. t. VI, p. 432. Em livre tradução: “A interpretação das cláusulas resolutivas pela jurisprudência é estrita e é dominada por um formalismo rigoroso, ligado, com frequência, à automaticidade dos efeitos da cláusula”.

¹⁴⁸ Portugal. Processo nº 3007/12.1 TJCBR.C1, JTRC, relator Manuel Capelo, Comarca de Coimbra, Seção Cível, publicado em data de 17.03.2015.

¹⁴⁹ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 351.

De qualquer forma e a título meramente exemplificativo, menciona-se trecho de parecer elaborado por João Calvão da Silva¹⁵⁰, em janeiro de 1991, atestando a validade da cláusula resolutiva prevista no contrato, precedida por declaração resolutiva:

A cláusula 6.2 do contrato-promessa assume a fisionomia de uma *cláusula resolutiva expressa*, na medida em que se trata de estipulação que confere à promitente-compradora o direito de resolução se “a Notificação do Despacho Final referido no número anterior não for feita no prazo de um ano a contar da data da assinatura do presente contrato-promessa”. *Esta cláusula concreta respeita os requisitos a que deve obedecer uma cláusula resolutiva expressa, designadamente a referência explícita e precisa à obrigação ou obrigações cujo incumprimento dá direito a resolução [...]*.

Sendo certo que a declaração resolutiva é elemento constitutivo da resolução, esta não deixa, todavia, de ter no convencionado específico incumprimento da obrigação (certa e determinada) o seu pressuposto necessário.

Percebe-se, pois, que a cláusula resolutiva apta a produzir os efeitos desejados pelas partes deve ser precisa, não podendo ser considerada como tal cláusulas padrão, genéricas ou superficiais.

Essas, salvo melhor juízo, não expressam de forma categórica o querer de ambos os contratantes¹⁵¹, não se revestindo de tamanha força a ponto de resolver o contrato. Em um só termo, “*Une clause prévoyant la résolution du contrat en cas d’inexécution ne peut être considérée comme une clause résolutoire*”¹⁵².

O mesmo entendimento deve prevalecer no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive para privilegiar a importante função que a cláusula resolutiva exerce nas relações negociais, de modo a privilegiar, também, a autonomia privada dos contratantes.

Para isso, deve o Poder Judiciário intervir, apenas, se o comportamento das partes não estiver conforme à lei e/ou princípios que regem a matéria, observando Eros Roberto Grau¹⁵³ que a

concepção de contrato como “*encontro de vontades*” cuja disciplina está fundada na *liberdade das partes* pressupõe a limitação da atuação do Poder Judiciário em

¹⁵⁰ SILVA, João Calvão da. **Estudos de Direito Civil e Processo Civil**: pareceres. Coimbra: Almedina, 1999, p. 133-134.

¹⁵¹ Rebeca Garcia faz a seguinte afirmação: “A inexecução deve ser aquela valorada e prevista pelas partes como suficientemente grave para fazer extinguir a relação contratual. Quer-se dizer que a cláusula não pode ser genérica. Ela deve fazer referência a um determinado tipo de obrigação que os contratantes repute essencial; deve ser precisa”. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 78.

¹⁵² PAULIN, Christophe. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 26. Em livre tradução: “Uma cláusula prevendo a resolução do contrato em caso de inexecução não pode ser considerada uma cláusula resolutória”.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2001. v. 5, p. 76.

relação a ele; o Judiciário não pode intervir para questionar o conteúdo do contrato, devendo limitar-se a confrontar o comportamento das partes com o que a lei prescreve; em outras palavras: não pode fazer o contrato pelas partes.

Defende-se, pois, a possibilidade de o contrato ser resolvido com base na cláusula resolutiva expressa desde que muito bem delineada pelas partes no contrato, privilegiando, assim, sua autonomia privada, ensejando intervenção judicial apenas se a vontade anteriormente exarada no negócio não observar os ditames legais ou os princípios que regem a matéria, a exemplo da boa-fé objetiva.

Outro aspecto dinâmico diz com a extensão da autonomia privada¹⁵⁴ entre os contratantes, inclusive para conferir validade e eficácia à cláusula resolutiva expressa no negócio jurídico, considerado verdadeiro instrumento de realização dessa autonomia¹⁵⁵.

Inicialmente, porém, cumpre informar que é somente a partir do século XVIII¹⁵⁶, do humanismo individualista da idade moderna, que “a autonomia (*autos*, ‘por si mesmo’ + *nomos*, lei, norma, convenção) se aplica aos indivíduos”¹⁵⁷, observando Heloisa Helena Barboza¹⁵⁸ que a “primeira formulação do conceito de autonomia se deve a Immanuel Kant, para quem o sujeito moral é o que faz suas livres escolhas, com base em princípios morais livremente escolhidos, condição necessária da responsabilidade”¹⁵⁹. Immanuel Kant acredita, desta forma,

¹⁵⁴ Para uma avaliação acerca dos limites da autonomia privada em relação à cláusula resolutiva expressa, remeta-se aos estudos de TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula Resolutiva Expressa: limites da autonomia privada na definição de sua disciplina e balizas para atuação judicial em sua execução**. 2012. Projeto de Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

¹⁵⁵ “A doutrina amplamente entende que a autonomia privada se realiza por intermédio do negócio jurídico. Nesse sentido, o negócio jurídico seria instrumento de realização da autonomia privada. É por meio dele que, concretamente, se constituem as situações subjetivas, ou as modificam, ou as extinguem”. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 69-70.

¹⁵⁶ Observa Eduardo Nunes de Souza que “a autonomia privada nunca representou um princípio ilimitado: consolidou-se, nos moldes liberais, com a primeira codificação, na passagem entre os séculos XVIII e XIX, e já nasceu geminada com seu balizamento pela lei (muito embora a legalidade, em um primeiro momento, tenha sido pretendida como um limite externo e excepcional ao exercício dos direitos subjetivos)”. Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr./jun. 2014. v. 58, p. 76.

¹⁵⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 408.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 408. Igual posicionamento é adotado por Francisco Amaral: “Com a *filosofia de Kant*, que teve definitiva influência, a autonomia da vontade adquire conotação dogmática, passando a imperativo categórico de ordem moral, afirmando-se na *Metafísica do Direito* (1796) que ‘a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica’”. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 356.

¹⁵⁹ Para um estudo sobre a formação histórica do conceito de autonomia privada, remete-se a AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 579-606.

que a autonomia da vontade, ou seja, uma vontade livre das necessidades presentes no mundo da sensibilidade, seria o fundamento do princípio da moralidade, na medida em que a ação moral a si imposta se constituiria, pela ausência de influências relativas ao mundo sensível, em máxima universal, por todos os seres racionais alcançável¹⁶⁰.

Daí que autonomia seria a capacidade apresentada pela vontade humana de se autodeterminar de forma livre e alheia a qualquer fator estranho¹⁶¹, afirmando o filósofo alemão, ainda, que “a razão é a lei própria da autonomia”¹⁶².

Em síntese, pode-se dizer que, em Immanuel Kant, o indivíduo é livre quando obedece à lei moral, reputada universal por ser racional. Por isso, afirma Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹⁶³ que a “autonomia da vontade kantiana diz respeito à vontade que determina a si mesma, pois essa vontade é aquela pertinente à lei moral racional que independe de condicionamentos exteriores à própria razão”. Nesse contexto, entende o autor paranaense ser fácil perceber que a autonomia de vontade em Immanuel Kant “é pensada no âmbito da moral, e não propriamente do Direito”¹⁶⁴.

Questões filosóficas à parte, não se deve confundir autonomia da vontade com autonomia privada. A afirmação se justifica à medida em que os “conceitos de liberdade jurídica, autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia negocial são tratados pela doutrina ora como se fossem uma só coisa; ora como se fossem distintos uns dos outros”¹⁶⁵.

Francisco dos Santos Amaral Neto¹⁶⁶, por sua vez, esclarece que autonomia da vontade não se confunde com autonomia privada. Veja-se:

Sinônimo de autonomia da vontade para a grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se

¹⁶⁰ SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da invenção à reconstrução. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139.

¹⁶¹ “Autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual”. CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” do Direito Privado. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 97.

¹⁶² *Ibidem*, p. 97.

¹⁶³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 114.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 114.

¹⁶⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 64. Adiante, remata: “a concepção mais subjetiva ou objetiva da autonomia (da vontade ou privada) depende do contexto histórico-social no qual a mesma está inserida, que confere maior ou menor importância à vontade em si ou aos efeitos que a sua declaração pode produzir dentro de um determinado ordenamento jurídico. É importante destacar, sob o ponto de vista da liberdade jurídica, que se trata mais de uma mudança de concepção acerca dos limites impostos aos particulares que de uma mudança formal”. *Ibidem*, p. 67.

¹⁶⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 586-587.

realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real, como já referido.

Daí a necessidade de se fixar cada um desses conceitos, identificando qual o mais apropriado para o caso apresentado, inclusive no que se refere à escola do direito civil-constitucional, acrescentando Eduardo Nunes de Souza¹⁶⁷ que “o exercício da autonomia privada apenas se legitima perante a ordem jurídica quando conforme à axiologia do sistema”. Isso porque a “autonomia privada, enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana”¹⁶⁸, considerada por Paulo Nalin¹⁶⁹ como “princípio fundamental de todo e qualquer sistema jurídico que se baseia na lógica da relevância da vontade humana ou no poder de autodeterminação da pessoa”.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a autonomia da vontade está relacionada à possibilidade de a pessoa atuar na ordem jurídica conforme sua vontade, determinando o conteúdo, a forma e os efeitos do ato jurídico¹⁷⁰. Autonomia privada (ou autonomia contratual, conforme expressão utilizada por Enzo Roppo¹⁷¹), por sua vez, representa o espaço em que o sujeito pode exercer a sua atividade jurídica dentro dos limites fixados em lei.

Pode-se afirmar, então, que a autonomia da vontade apresenta contornos mais subjetivos. A autonomia privada, por sua vez, reveste-se de aspectos mais objetivos, relacionando-se ao poder de autorregulamentação. Em síntese,

autonomia da vontade está relacionada justamente a esta possibilidade de a pessoa atuar na ordem jurídica conforme a sua vontade e desejo. A liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. Levando em conta a pessoa do

¹⁶⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr./jun. 2014. v. 58, p. 76.

¹⁶⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410.

¹⁶⁹ NALIN, Paulo. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional. *In*: NALIN, Paulo (Coord.). **Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 23.

¹⁷⁰ Ensina Francisco dos Santos Amaral Neto que para “o Direito, a vontade reveste-se de especial importância pela circunstância de constituir-se em um dos principais elementos do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando, ou extinguindo relações jurídicas, caracterizando, assim, a vontade jurídica”. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 584.

¹⁷¹ “Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no «consenso» contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhe conteúdo e efeitos determinados. Essa liberdade representa justamente a autonomia da vontade, ou seja, a possibilidade de o agente atuar juridicamente, de acordo com seus interesses e pretensões, manifestando seu desejo em declarações de vontade exteriorizadas em qualquer meio. É diferente da autonomia privada. Esta representa o poder e os limites da vontade. A autonomia privada é o poder do sujeito de direito, relacionado à regulação de seus interesses, criando um ordenamento jurídico próprio. Enfim, a autonomia privada é o poder de autorregulação ou autodeterminação. O poder de estabelecer regras objetivas para tutelar uma determinada relação jurídica corresponde à autonomia privada. Só o negócio jurídico dispõe desta autonomia privada¹⁷².

Este poder é igualmente encontrado em António Menezes Cordeiro¹⁷³, para quem a “autonomia pressupõe sociedade e implica o reconhecimento, por esta, do espaço autorregulativo do sujeito. A autonomia privada é, ela própria, o produto de uma atribuição da Ordem Jurídica”.

Todavia, em que pese constituir atribuição da ordem jurídica, afirma o autor que essa atribuição seria feita “em bruto”, vale dizer, “deixando, a cada um, o sentido que lhe queira dar e à dogmática jurídica a tarefa de construir um processo de realização que concretize, da melhor maneira, a ideia básica do ordenamento”¹⁷⁴, respeitando, sempre, os limites legalmente estabelecidos.

E, tratando o tema proposto na presente tese de relações jurídicas de Direito Privado, é possível igualmente afirmar, no âmbito da autonomia privada, que “os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores”¹⁷⁵, tornando-se seus próprios e melhores legisladores.

Diante disso, pode-se dizer que a “autonomia privada significa, assim, que o ordenamento estatal deixa um espaço livre no exercício do poder jurídico dos particulares, espaço esse que é a esfera de atuação com eficácia jurídica”¹⁷⁶, justamente por acreditar que os particulares são quem melhor conhecem seus próprios interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente.

Por isso, acrescente-se que a “autonomia privada deve ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que,

¹⁷² CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 513.

¹⁷³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: parte geral: negócio jurídico**. 4. ed., reform. e atual. Coimbra: Almedina, 2014. t. II, p. 40.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁷⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 586.

¹⁷⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 352.

de várias formas, colocam a sua exigência”¹⁷⁷.

Daí a razão pela qual se acredita que o conceito de autonomia privada vem sendo reformulado pela doutrina contemporânea¹⁷⁸, notadamente a partir das lições do direito civil-constitucional e da nova roupagem que se procura imprimir às relações privadas, resultado das transformações sofridas pelo Direito Civil ao longo dos tempos¹⁷⁹, hoje vocacionado à plena proteção da pessoa humana, inclusive na seara do direito das obrigações e dos contratos¹⁸⁰. Nessa linha de pensamento, a reflexão de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸¹:

A autonomia privada já foi concebida como um verdadeiro espaço em branco conferido pela lei para que os particulares o preencham na medida em que exerçam suas atividades jurídicas. E como espaço em branco, deveria observar apenas os limites para seu exercício, preenchidos pelo ordenamento e informados pela ordem pública, pelos bons costumes e pelos valores que dão sustentação ao sistema jurídico de forma geral. O conceito de autonomia privada vem, contudo, sendo reformulado pela doutrina contemporânea. Hoje, não mais se deve entender que os valores constitucionais criam limites externos à autonomia privada, mas, antes, informam seu núcleo funcional. A autonomia privada não consiste, definitivamente, em um ‘espaço em branco’ deixado à atuação da liberdade individual, mas, ao contrário, apenas recebe tutela na medida em que se conforme aos valores constitucionais.

¹⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334.

¹⁷⁸ A título exemplificativo, a lição de Luigi Ferri: “¿Intereses privados? El campo donde actúa la autonomía privada es justamente el de los intereses privados, y los intereses privados vienen determinados por vía de exclusión: son todos aquellos intereses cuya tutela no assume por sí, ni impone a otros, el Estado”. **La autonomía privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 12.

¹⁷⁹ “O processo de transformação do direito civil, como observado, impôs a substituição do paradigma centralizado na autonomia privada, no indivíduo livre, mas isolado, na tutela da vontade e do patrimônio, pelo paradigma da dignidade humana, da pessoa inserida no meio social, na tutela dos vínculos sociais de que ela depende – a solidariedade. Todavia, essa reviravolta não pode significar o descarte dos espaços de autonomia, uma vez que a própria liberdade também é constitutiva da dignidade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 22. E, em razão das mudanças ocorridas na sociedade, esclarece Francisco Amaral que “outro modelo devem seguir os intérpretes do Código, sob pena dele não realizar o seu espírito de inovação na tarefa de construir o direito da sociedade contemporânea, de crescente complexidade”. Código Civil e interpretação jurídica. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2014. v. 44 e 45, p. 166.

¹⁸⁰ Ao tratar da constitucionalização do direito civil e sua repercussão no âmbito dos contratos, esclarece Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que se “o contrato deve, sim, satisfazer sua função econômica, esta deverá estar em consonância com a solidariedade e a justiça social e, sobretudo, com a dignidade da pessoa humana. Isso promove uma alteração daquilo que era reputado como o maior escopo do contrato – ou seja, o trânsito jurídico de bens e de interesses. O contrato contemporâneo, que deve atender a uma ‘racionalidade reprodutiva do sujeito’, com a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, tem como novo escopo fundamental – como reconhece Paulo Nalin, a partir de Guido Alpa – o desenvolvimento da personalidade humana”. Os Princípios Contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. *In*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 26.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 211.

Aliás, relembre-se com Luiz Edson Fachin¹⁸² que a Constituição Federal de 1988 “impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial, do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada”, afirmando, na sequência, que

o reconhecimento da incidência de valores e princípios constitucionais no Direito Civil reflete, não apenas uma tendência brasileira, mas de vários ordenamentos nos quais se verifica a preocupação em edificar uma ordem jurídica voltada aos demandantes problemas e desafios da sociedade contemporânea; dentre eles, o direito obrigacional, núcleo da órbita privada de relações jurídicas, e para além do suporte às relações privadas problemas e desafios dirigidos aos princípios e cláusulas gerais, portanto, à promoção da dignidade da pessoa humana e à boa-fé¹⁸³.

No mais, as ideias aqui lançadas não destoam daquelas apresentadas por Pietro Perlingieri¹⁸⁴ que, de sua parte,

entende por «autonomia privada», em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar «vicissitudes jurídicas» como consequência [sic] de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados. Como fundamento desta concepção encontra-se, frequentemente de maneira somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum de determinar as regras mediante um pacto consensual.

Não se diga, por igual, que a fórmula acima reproduzida traz consigo ideias apenas voltadas ao liberalismo econômico e às relações jurídicas de força mercantil. Adverte o jurista italiano que essa concepção está sobremaneira alterada na hierarquia constitucional dos valores, “onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa, e a responsabilidade conseguinte, ultrapassa e subordina a iniciativa econômica a si própria”¹⁸⁵.

Daí o porquê afirmar Paulo Nalin¹⁸⁶ que a “pessoa e a autonomia privada são temas afins, em que pese não mais ser sustentável uma autonomia privada que se funda no

¹⁸² FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 58-59.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 62.

¹⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 336.

¹⁸⁶ NALIN, Paulo. A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional. *In*: NALIN, Paulo (Coord.). **Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 43.

individualismo”. A autonomia privada está, portanto, socialmente funcionalizada¹⁸⁷, o que reforça seu vínculo com a escola do direito-civil constitucional, onde a estrutura cede passo à função¹⁸⁸.

Esse entendimento, salvo engano, revela-se correto não apenas porque “a autonomia privada não possui as mesmas feições que lhe eram atribuídas até o século XIX”¹⁸⁹, como já mencionado, mas também porque “a autonomia privada não é uma opção livre do Direito civil; ela corresponde a exigências da dignidade humana e da liberdade geral de cada um”¹⁹⁰, voltando-se para o indivíduo, e não para o individualismo.

Assim, além de ser “reconhecida pela ordem jurídica estatal”¹⁹¹, não se pode olvidar que os “atos de autonomia são dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis”¹⁹², resultando daí sua relevância e íntima relação com o texto constitucional¹⁹³. Entretanto,

Que em virtude do reconhecimento jurídico os atos de autonomia privada se tornem instrumentos colocados pelo direito à disposição dos indivíduos para dar vida e desenvolvimento a relações jurídicas entre eles não significa que essas relações

¹⁸⁷ “Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional. Por isso, descobrir sua função é mais importante do que investigar seus aspectos estruturais: a concepção de função de um instituto, além de remeter a seus efeitos, liga-se, também, à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto ‘como é’, a função indica ‘para que serve’. Não se trata de abandonar o exame da estrutura, mas de ultrapassar essa etapa no processo hermenêutico”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; KONDER, Carlos Nelson. *Situações Jurídicas Dúplias: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III, p. 7.

¹⁸⁸ Ao tratar das funcionalizações e da liberdade, observa Luiz Edson Fachin que do “Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função”. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 95.

¹⁸⁹ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II, p. 218.

¹⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: parte geral: negócio jurídico**. 4. ed., reform. e atual. Coimbra: Almedina, 2014. t. II, p. 41.

¹⁹¹ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 343.

¹⁹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 211.

¹⁹³ Nesse sentido, a lição de Pietro Perlingieri: “Não é possível afirmar, depois do quanto foi acima especificado, que a autonomia negocial não tem nenhuma relevância constitucional, nem, de outro lado, que se pode esgotar na autonomia contratual e, portanto, tornar-se relevante somente para dar atuação às vicissitudes de relações jurídicas patrimoniais. A tentativa de individuar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (art. 41 Const.) é parcial. A negociação que tem por objeto situações subjetivas (cfr. *Infra*, cap. 5, § 68) não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 2º Const.). Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana (art. 41, § 2, Const.)”. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18-19.

percam o conteúdo preceptivo que lhes é peculiar para decair ao nível dos fatos quaisquer: significa apenas que esse conteúdo, na medida em que é aprovado e assimilado pelo direito, traduz-se (com as modificações oportunas) num critério pelo qual devem ser avaliadas as relações jurídicas conseqüentes¹⁹⁴.

Por essa razão o entendimento no sentido de o texto supra transcrito se encaixar no contexto apresentado, porquanto a cláusula resolutiva encontra previsão legal no art. 474 do Código Civil Brasileiro, facultando o ordenamento jurídico que as partes se valham desse expediente para disciplinar as regras obrigacionais, associando-as ao dever de cooperação e à cláusula geral de tutela da pessoa humana, aqui representada pela liberdade no contratar.

Neste sentido é que os contratantes, ao decidirem pela cláusula resolutiva expressa, não podem dissociar suas condutas da boa-fé, verdadeira fonte do direito das obrigações e parte igualmente integrante dos deveres de lealdade e cooperação que regem a relação obrigacional, o que justifica o fato de a cláusula dever estar muito bem delineada no contrato e representar o irrefragável desejo de ambos os contratantes, observando, também, as regras alusivas à clareza e à transparência que devem permear as relações jurídicas¹⁹⁵.

Idêntico entendimento deve prevalecer no âmbito do direito público, porquanto “superada, para os fins da individuação da real consistência do fenômeno da autonomia, a distinção entre natureza privada ou pública do sujeito que realiza o ato de regulamentação do interesse”¹⁹⁶.

Destarte, se é certo que “o comportamento de um ente público que decida agir (*non iure imperium*, mas) *iure privatorum* configura a realização da autonomia”¹⁹⁷, é igualmente certo ser possível elegerem as partes contratantes a cláusula resolutiva expressa,

¹⁹⁴ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 344.

¹⁹⁵ Nesse sentido, o mesmo Emilio Betti: “Em todo caso, a declaração que se enquadra no desenvolvimento de negociações deve ser interpretada do modo como o destinatário podia e devia razoavelmente entendê-la segundo o critério da boa-fé (cód. civ. 1337, 1366): critério que, nessa sede, ou seja, na formação do negócio, não significa nada além de lealdade e clareza na fala e no comportamento, em conformidade com o dado elementar e não negligenciável, que, do íntimo querer de cada uma, a outra parte nada sabe nem é obrigada a *saber*, a não ser aquele que lhe revela e mostra a [281] declaração e a conduta geral da primeira [...]. Analogamente, no que concerne ao elemento subjetivo do negócio, para que o significado da declaração ou do comportamento possa ser referido ao autor, é preciso e suficiente que ele tenha desejado o ato e tido condições de perceber seu valor social, mesmo que ocasionalmente tenha incorrido em erro sobre os motivos ou sobre o significado preciso de expressões usadas”. *Ibidem*, p. 351-352.

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336. Similar entendimento é encontrado em Rose Melo Venceslau Meireles: “Dessa forma, o rompimento da dicotomia entre direito público e privado também repercute na aplicação de alguns conceitos tipicamente tratados no direito privado que passam a ser úteis, da mesma maneira, no direito público; tal é o que se evidencia para a autonomia negocial que poderá ser exercida por pessoa física ou jurídica, esta, privada ou pública, bem como envolver interesses particulares ou públicos, próprios ou alheios”. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 71.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 336.

devendo o ente público observá-la, tal como o outro contratante. Isso porque a “opção pela via pública ou privada se dá propriamente em virtude do universo de afetados e dos níveis de afetação, e não de uma sobreposição dos interesses do indivíduo ao grupo ou do grupo ao indivíduo”¹⁹⁸.

Portanto, revela-se perfeitamente válida a estipulação da cláusula resolutiva em contratos bilaterais, de direito privado ou público, desde que muito bem delineada pelos contratantes e realmente por eles desejada, ressaltando Jean Carbonnier¹⁹⁹ que “*si l’une des parties manque à ses engagements, les engagements de l’autre n’ont plus de raison d’être, plus d’intérêt, plus de cause*”, isto é, se uma das partes não cumprir suas obrigações, as obrigações do outro não mais têm razão de ser, interesse ou causa.

O posicionamento, aliado à funcionalização dos institutos obrigacionais, representa a íntima relação entre a autonomia privada e a proteção a institutos socialmente úteis e relevantes previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Daí a importância de Aline Miranda Valverde Terra²⁰⁰ ter afirmado que a

preocupação do civilista contemporâneo deve ser menos com a definição do conteúdo dos bens jurídicos (aspecto estático), e mais com seu exercício concreto (aspecto dinâmico), de modo a verificar se, no seu atuar, as situações jurídicas subjetivas cumprem sua função econômica e social, condição para se lhes reconhecer o merecimento de tutela. Ao lado do aspecto estrutural, impõe-se a observação do aspecto dinâmico e funcional das relações jurídicas, de modo a considerar os centros de interesses mercedores de tutela na concreta relação.

Esse entendimento deve ser analisado dentro de um contexto sistêmico e normativo. Isso porque a leitura isolada de um dispositivo legal pode revelar-se fragmentada. Por outras palavras, a íntima vinculação entre as partes de um código influencia nos critérios de interpretação. E, ao interpretar, “o hermenauta procede à exegese do Direito, ainda que sua atenção esteja voltada para um artigo, pois cada fragmento do código só possui vida e sentido quando relacionado com o texto geral”²⁰¹.

Da mesma forma deve proceder o magistrado quando profere uma sentença, vale dizer, “quando fundamenta a sua decisão em um dispositivo do código, aplica, na

¹⁹⁸ SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da invenção à reconstrução. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

¹⁹⁹ CARBONNIER, Jean. **Droit Civil: les obligations**. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 301.

²⁰⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula Resolutiva Expressa: limites da autonomia privada na definição de sua disciplina e balizas para atuação judicial em sua execução**. 2012. Projeto de Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 8.

²⁰¹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 202.

realidade, não apenas o dispositivo isolado, mas o ordenamento jurídico em vigor”²⁰².

No caso em apreço, seja o sujeito de direito público ou privado e estando a cláusula muito bem delineada no contrato, com o conteúdo realmente desejado e previsto pelas partes, entende-se pela sua plena aplicação, privilegiando, como visto, a autonomia privada dos contratantes e também o Estado Democrático de Direito.

Em suma, sendo o negócio jurídico a “manifestação suprema da autonomia privada”²⁰³, ao qual o ordenamento jurídico atribui o nascimento, o desenvolvimento, a modificação e a extinção de relações jurídicas, entende ser plenamente defensável e válida a resolução do contrato ante o incumprimento obrigacional atribuído ao contratante faltoso, desde que, repita-se, tenha a cláusula sido expressamente prevista no contrato, seja específica, represente o verdadeiro querer dos contratantes e tenha sido por eles irrefragavelmente compreendida.

1.5 Espécies e vicissitudes das cláusulas resolutivas

Em razão de sua ampla aplicabilidade, informa Christophe Paulin²⁰⁴ que a grande maioria dos ordenamentos jurídicos conhece a cláusula resolutiva, consagrando-a diversos códigos civis. Delimitando suas espécies, a resolução é “legal quando decorre diretamente da lei, estendendo-se a todos os contratos de seu âmbito de aplicação, ou convencional, se é proveniente de cláusula resolutória inserida no texto do contrato, ou em instrumento anexo”²⁰⁵.

A resolução legal é sempre judicial e não se opera automaticamente pela simples declaração de vontade da parte que a promove. Essa espécie de resolução, acrescenta

²⁰² NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 202.

²⁰³ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410. No mesmo sentido, Luigi Ferri: “*En esta concepción debe verse la base más segura y la confirmación más clara de la utilidad de la categoría dogmática del negocio, cuya esencia es esencia normativa. En ella se condensa y se expresa la naturaleza de la autonomía privada y del negocio jurídico en su aspecto formal. Si la autonomía privada es poder incumbente a los particulares de crear normas jurídicas, con ello queda perfectamente ilustrada también la correlación entre los dos términos «autonomía privada» y «negocio jurídico», el segundo como única manifestación de la primera*”. **La autonomía privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 10.

²⁰⁴ PAULIN, Christophe. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 5. No original: “*Actuellement, la plupart des droits connaissent la clause résolutoire. De nombreux Codes civils étrangers lui consacrent des dispositions, témoignant par là de la fréquence de son usage*”.

²⁰⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 54.

Luiz Felipe Silveira Difini²⁰⁶,

Demanda sempre inadimplemento, ou impossibilidade superveniente ou alteração da base do negócio, opção do credor pela resolução, exercício judicial da pretensão (aqui há, além de direito-dever, pretensão-obrigação) e sentença (constitutiva negativa) que opera a resolução. Por simples declaração, em nosso direito, só se opera a resolução convencional, e como se verá adiante só em alguns casos (em verdade, quando a contra-parte não resiste à resolução).

Em clássica obra várias vezes mencionada, Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁰⁷ traz um vasto rol de situações que tratam da resolução legal, veja-se:

A resolução legal está prevista no Código Civil para todos os contratos bilaterais (art. 475), havendo disposições apropriadas a cada modalidade de obrigação (art. 233 e ss. do Código Civil) e normas especiais para a resolução da renda vitalícia (art. 810), para a doação modal (art. 562) e para a venda de imóvel com área a menor (art. 500), além de outras regras esparsas. Fora do Código Civil, há disposições sobre a resolução legal na Lei nº 6.649/79, art. 32, que regula hipóteses de extinção resolutive, independentemente de previsão contratual, pelo atraso no pagamento de prestações devidas na aquisição de imóvel urbano loteado, assim como já constava no art. 14 do Decreto-Lei nº 58, de 10/12/37, e no art. 14 do Decreto nº 3.079, de 15/09/38, que dispunham sobre a mesma matéria; no art. 62, § 2º, da Lei nº 4.380, de 21/08/64, que admite a resolução pela recusa de averbação das correções dos valores dos saldos devedores, no Sistema Financeiro da Habitação; no Decreto-Lei nº 9.760, de 05/09/46, sobre a resolução dos contratos de locação e aforamento dos próprios nacionais (arts. 89, 101, § 2º, e 118); na Lei nº 4.728, de 14/07/65, cujo art. 66/A foi introduzido pelo Decreto-Lei nº 911, de 01/10/69, depois alterado pela Medida Provisória nº 2.160, de 23/08/01, sobre os contratos com alienação fiduciária em garantia; na Lei nº 8.245, de 18/10/91, sobre a locação dos imóveis urbanos, regulando a resilição por incumprimento do locatário (art. 9º, II e III); na Lei nº 9.514, de 20/11/97, que dispõe sobre a alienação fiduciária de imóveis, cujo art. 26 tem a redação na Medida Provisória nº 2.223, de 04/09/01, e na Lei nº 10.188, de 12/02/01, sobre o programa de arrendamento residencial (art. 9º).

O art. 474 do Código Civil, por sua vez, reporta-se à existência de duas espécies de resolução convencional (ou negocial²⁰⁸), a proveniente de cláusula resolutive expressa e a decorrente de cláusula resolutive tácita.

A cláusula tácita presume-se presente em todo o contrato bilateral, conforme ensina Gilberto Haddad Jabur²⁰⁹:

²⁰⁶ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 706.

²⁰⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 54-55.

²⁰⁸ “A resolução convencional (ou negocial) depende de cláusula resolutive expressa (art. 474 do Código Civil), cuja existência não exclui a incidência da regra geral do art. 475, que tem âmbito de aplicação mais amplo e funciona sempre como regra supletiva”. AGUIAR JUNIOR, *ibidem*, p. 55.

²⁰⁹ JABUR, Gilberto Haddad. Classificação dos Contratos. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 209.

Entende-se implícita, em todos os contratos bilaterais, *cláusula resolutiva tácita*, quando não ausente *cláusula resolutiva expressa*. A primeira reclama interpelação judicial sem a qual o contratante impontual não saberá qual o desejo do contratante inocente (executar o contrato ou resolvê-lo, agregando, se lhe convier, pedido de perdas e danos numa ou noutra hipótese, conforme lhe faculta a sensatez jurídica e prevê o art. 475 do CC). A segunda dispensa a interpelação, mas não a intervenção judicial para decretar o rompimento do contrato, porque a cláusula resolutória expressa deve dispensar a sentença constitutiva da resolução do contrato, não a sentença declaratória.

Em tese de doutorado sobre o assunto, Christophe Paulin²¹⁰ acrescenta que “*la jurisprudence est la source principale d’une théorie générale de la clause résolutoire*”, isto é, a jurisprudência é a fonte principal de uma teoria geral da cláusula resolutiva. E a jurisprudência brasileira, na linha da já mencionada escola francesa, caminha no sentido de exigir a intervenção judicial para a resolução do negócio, ainda que tenham as partes convencionado cláusula resolutiva expressa:

O não cumprimento pela empresa beneficiada pelo PRÓ-DF de início das obras no prazo de 60 dias, a contar da assinatura do contrato de concessão de direito real de uso com opção de compra, ocasiona a resolução unilateral expressa do contrato, nos termos das cláusulas contratuais e do art. 474 do Código Civil²¹¹.

A expressa, portanto, trata de cláusula previamente estabelecida pelos contratantes através da qual preveem hipótese de resolução caso o contratante faltoso não cumpra sua parte na avença, levando o outro a não mais se interessar pela continuidade da relação obrigacional. Assim, na hipótese de um dos contraentes não honrar sua obrigação, pode o outro, reputado não faltoso, resolver o contrato se não mais tiver interesse em continuar com o negócio.

E, desde que muito bem delineada no contrato, podem as partes estabelecer determinada situação que, ocorrida, enseje a resolução do contrato, privilegiando, como já se afirmou, a autonomia privada conferida pelo ordenamento jurídico àqueles que contratam.

Imagine-se, então, que determinado loteador se obrigue a entregar toda a infraestrutura de seu empreendimento até o final do ano. No mês de dezembro, constata-se que apenas metade das obras encontram-se concluídas, não obstante ter o outro contratante, reputado não faltoso, honrado pontualmente suas obrigações.

Em tais situações, não havendo mais interesse em continuar com o contrato, pode o contratante fiel (inocente) reputar resolvido o negócio anteriormente entabulado,

²¹⁰ PAULIN, Christophe. *La Clause Résolutoire*. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 10.

²¹¹ Brasil. Agravo em Recurso Especial nº 530.382-DF, decisão monocrática Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18.11.2015, publicado em 23.11.2015.

fazendo-o de forma fundamentada e independentemente de pronunciamento judicial. Isso apenas se tal situação tiver sido devida, prévia e expressamente prevista pelas partes quando da realização do negócio jurídico, privilegiando, repita-se uma última vez, a autonomia privada conferida pelo ordenamento jurídico aos contratantes.

Esse entendimento, salvo engano, coaduna-se com os ideais preconizados pelo Código Civil em razão de o formalismo e o individualismo terem sido, ao mesmo tempo, superados pelo espírito de vida contemporânea, conforme ensina Miguel Reale²¹², observando o autor, igualmente, que “não há, em suma, direitos individuais absolutos, uma vez que o direito de um acaba onde o de outrem começa”²¹³.

Ora, se ambos os contratantes livremente estipularam no contrato (ou em documentos separado²¹⁴ ou em escritura pública²¹⁵) cláusula resolutiva expressa, prevendo determinada situação que, verificada, possa ensejar a resolução do contrato, parece estar correto o entendimento segundo o qual deve ser privilegiada a cláusula, independentemente de ser o caso levado à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de restarem esvaziadas as funcionalidades e potencialidades do instituto. Nesse sentido, a correta colocação de Rebeca Garcia²¹⁶:

À luz dessas considerações, merece ser visto com atenção, e mesmo crítica, o posicionamento que a jurisprudência vem adotando, inclinando-se no sentido de entender imprescindível a intervenção judicial para o exercício da opção resolutiva, inobstante a existência de cláusula expressa. Esse entendimento acaba por esvaziar as funcionalidades e potencialidades ínsitas ao instituto, além de distanciar-se de um

²¹² “Formalismo e individualismo são, ao mesmo tempo, superados segundo o espírito da vida contemporânea”. REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 1176.

²¹³ *Ibidem*, p. 1177.

²¹⁴ “Esta faculdade negocial se estatui no próprio contrato, concomitantemente ou através de convenção ulterior, em documento separado”. ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-50. No mesmo sentido, manifesta-se João Calvão da Silva: “Normalmente, a cláusula resolutiva expressa figura no contrato. Pode, todavia, resultar de um acto separado, contemporâneo ou mesmo ulterior à celebração do próprio contrato”. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. 2. ed. Coimbra: Coimbra: 1997, p. 322. Entretanto, adverte Christophe Paulin que a resolução por inexecução constitui sanção exclusivamente contratual e, como tal, não admite que disposições dessa natureza sejam inseridas em atos que não o contrato, desprovidos de natureza convencional. No original: “*La résolution pour inexécution est une sanction exclusivement contractuelle et les dispositions insérées dans un autre acte que le contrat n’ont pas une nature conventionnelle*”. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 12-13.

²¹⁵ “Podemos afirmar, em conclusão, com segurança, que poderá ser inserida, pelas partes, nas escrituras de compra e venda de bem imóvel, a cláusula pacto comissório, isto é, a condição resolutiva expressa, com supedâneo nos arts. 121, 122, 127, 128, 474 e 475 do novo Código Civil, pactuando-se que a venda fica desfeita se o adquirente não pagar o preço, uma vez que tal cláusula não é contrária à lei, nem à ordem pública, nem aos bons costumes, como também não está proibida a sua utilização, na compra e venda de imóvel, por qualquer dispositivo legal desse novo Código”. RIBEIRO, José. Pacto Comissório na Compra e Venda de Imóvel e o Novo Código Civil Brasileiro. Apud PERES, Tatiana Bonatti. Cláusula Resolutiva. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011, p. 303-304.

²¹⁶ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 85.

dos princípios que nortearam a elaboração do novo Código Civil – a ‘dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios’.

Portanto, seguindo o que determina o Enunciado nº 436 da V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) – “A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial” – reputa-se correto o entendimento segundo o qual o negócio jurídico pode ser resolvido ante o incumprimento obrigacional do contratante infiel, que, de sua parte, não cumpriu obrigação lícitamente contraída. Pensar o contrário, com todo o respeito, é deixar de salvaguardar a coerência de um instituto, vendo-se o contratante inocente obrigado a enfrentar um longo e custoso caminho judicial²¹⁷.

Destarte, partindo-se da premissa de que a cláusula resolutiva está expressa e bem delineada, é estabelecida pelas partes e integra as disposições contratuais, crê-se ser pouco conveniente ou razoável exigir-se a intervenção judicial, até porque um processo, como dito, pode levar inúmeros anos até sua conclusão, dificultando ainda mais a situação do credor que apenas deseja resolver o contrato, solucionando, assim, essa sua pendência. Com razão, pois, Daniel Eduardo Carnacchioni²¹⁸:

A cláusula resolutiva expressa é estabelecida pelas partes e integra as disposições contratuais. Se houver a previsão de resolução do contrato em caso de inadimplemento, a extinção será automática, de pleno direito. Não haverá necessidade de intervenção judicial. A extinção será consequência ou efeito direto da mora *ex re*.

Em um só termo, pode a cláusula resolutiva expressa ser definida como uma determinada situação prevista no negócio jurídico pelas partes contratantes que, verificada, enseja a resolução do contrato justamente por não mais subsistir interesse, por parte do credor, em continuar com a avença. E, por representar a autonomia de ambos os contratantes, que bem delinearam seu conteúdo, crê-se ser absolutamente desnecessária a intervenção judicial, até mesmo pela notória morosidade da justiça, fato considerado profundamente irracional na

²¹⁷ “A nossa preocupação em salvaguardar a coerência de um instituto intimamente ligado a situações de infração [sic] ou violação contratual, leva-nos a secundarizar, *hic et nunc*, o princípio da conexão entre os instrumentos jurídicos (neste caso, a «reserva do direito de resolução») e a máxima utilidade que os particulares devem extrair deles”. PROENÇA, José Carlos Brandão. **A Resolução do Contrato no Direito Civil: do enquadramento e do regime**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 93.

²¹⁸ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 802.

correta colocação de José Afonso da Silva²¹⁹:

Poder-se-ia dizer, portanto, que bastava o dispositivo garantir uma *razoável duração* do processo para que o acesso à Justiça não se traduzisse no tormento dos jurisdicionados em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional, que não apenas é irrazoável, como profundamente irracional.

Essa morosidade, segundo Daniel de Andrade Levy²²⁰, pode inclusive ensejar indenização por danos morais, pois é certo que “um processo longo provoca necessariamente um dano moral, materializado na violação de um direito da personalidade – dimensão existencial – que se expressa em um estado de angústia e frustração”. De qualquer forma, a

previsão de dispositivo a autorizar a resolução independentemente de pronunciamento judicial representa já de início, para o titular do direito extintivo, uma vantagem de ordem prática, que se traduz em dupla economia, de tempo e de custos. Com efeito, basta ‘a dispensa de uma simples formalidade para favorecer o curso dos negócios e contribuir ao desfogo do foro’. Ao permitir que, tão logo verificada a hipótese de incumprimento, o credor possa pôr fim à relação por meio de simples manifestação (fundamentada) de sua vontade resolutiva, a cláusula resolutiva expressa poupa-lhe os custos necessários para movimentar a máquina judiciária. Mais ainda, poupa-lhe o ônus de provar a verificação dos pressupostos e fundamentos do remédio resolutório²²¹.

De fato, a realidade do sistema judiciário brasileiro indica que processos raramente chegam ao fim em tempo considerado razoável, gerando ceticismo quanto à capacidade do Estado em “dar respostas adequadas aos problemas que perturbam a sociedade, especialmente nas relações contratuais”²²². Isso contraria, também, o princípio constitucional que assegura uma razoável duração, conforme dispõe o art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal de 1988: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”²²³.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 180. E mais: “O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os *preparos*), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo bastante elevado das perícias”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 26.

²²⁰ LEVY, Daniel de Andrade. O dano de processo lento. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2008. v. 36, p. 67.

²²¹ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 86.

²²² 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. 24.

²²³ Idêntica é a disposição do art. 111 da Constituição Italiana: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. La legge ne assicura la ragionevole durata*”. Em livre tradução: “A jurisdição atua mediante um justo processo regulado pela lei. A lei prevê a duração razoável”.

Nesse contexto, há relatos de ações propostas nas quais a parte promovente requereu a resolução do negócio jurídico ante a presença de cláusula resolutiva expressa no contrato de compra e venda imobiliário, estando o feito, após seis anos de seu ajuizamento, ainda em tramitação²²⁴.

Esse fato demonstra, por si só, que o instituto da cláusula resolutiva expressa tem sido mal interpretado ou subutilizado pela justiça brasileira, porquanto não é aceitável que uma ação dessa natureza perdure por vários anos, com desgastes à imagem do próprio Judiciário.

Enfim, em razão de sua vontade, podem as partes inserir no contrato cláusula cuja ocorrência basta para pôr fim à relação obrigacional. Dessa forma, revela-se prescindível a intervenção do Poder Judiciário, não apenas para privilegiar a autonomia privada de vontade dos contratantes, mas também porque a notória morosidade judicial pode dificultar ainda mais a situação do credor fiel que apenas deseja resolver o contrato por não mais ter interesse em continuar com a avença, decorrência direta do incumprimento obrigacional por parte do outro contratante.

Insiste-se, aqui, no fato de não se revelar necessária a participação do Poder Judiciário, evitando-se inconvenientes próprios de um processo judicial, como gastos, morosidade e a impossibilidade, por parte do credor, de reencontrar sua liberdade de agir ante a espera de uma decisão judicial.

Ponderação dessa natureza também encontra respaldo no direito francês. É o que se vê, por exemplo, em Jacques Flour, Jean-Luc Aubert e Éric Savaux²²⁵: “*La nécessité de recourir à une action en justice n’est pas sans inconvénients: coût, lenteur et impossibilité pour le créancier, dans l’attente de la décision du juge, de retrouver sa liberté d’action*”.

Todavia, a prevalecer o entendimento atual no sentido de ser necessária a intervenção judicial, afirma Araken de Assis²²⁶ que é o próprio “inadimplente quem deverá provocar a atividade jurisdicional, fundado na utilização abusiva e injustificada da faculdade resolutiva, ou na inexistência do seu descumprimento, para eliminar a dissolução”, competindo-lhe o ônus da prova.

²²⁴ A título meramente exemplificativo, menciona-se ação proposta por Ricari Engenharia Ltda. em desfavor de Gerson Agostinho Lopes, em trâmite perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Cambé, região metropolitana de Londrina (PR), ajuizada em data de 05.07.2011, autos nº 0004496-97.2011.8.16.0056.

²²⁵ FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. *Droit Civil: les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 229. Em livre tradução: “A necessidade de se recorrer a uma ação judicial apresenta inconvenientes: custos, morosidade e impossibilidade de o credor, na espera de uma decisão judicial, reencontrar sua liberdade de agir”.

²²⁶ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 51.

Assim, em havendo cláusula resolutiva expressa no contrato, “a resolução não se operará automaticamente e necessitará ser declarada por sentença, sempre que o devedor resistir à extinção extrajudicial”²²⁷, cabendo-lhe, repita-se, o *onus probandi*.

Contrariamente, porém, entendem Philippe Malaurie e Laurent Aynès²²⁸ que “*La clause résolutoire, comme toute résolution pour cause d’inexécution, ne peut jamais être invoquée par le débiteur, qui ne saurait se prévaloir de sa propre inexécution*”.

Desse modo, não poderia o devedor inadimplente invocar a cláusula resolutiva para resolver o contrato pelo simples fato de ele próprio encontrar-se em estado de inadimplência. Em uma só palavra, pode-se afirmar que o contratante infiel não ostentaria legitimidade para invocar resolução contratual ante a cláusula resolutiva existente no contrato.

O mesmo pensamento é exposto por José Carlos Brandão Proença²²⁹, para quem é “evidente, e já o afirmámos, que o contraente «legitimado» não poderá prevalecer-se da sua situação de incumprimento”. No Brasil, não se verifica divergência desse pensamento, conforme há muito defendeu Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda²³⁰:

O inadimplemento faz nascer ao credor o direito formativo à resolução ou à resilição. Nem o inadimplente, nem os terceiros podem alegá-lo. Não há qualquer traço de *condicio*. Nem seria de tolerar-se que se considerasse condição o exercer o credor êsse [sic] direito. Seria confundir condição com exercício.

Na sequência, remata o jurista: “No direito de resolução, ou de resilição, o elemento psicológico é mínimo: apenas o devedor inadimplente sabe que o credor pode exercer o direito formativo resolutivo ou resilitivo”²³¹.

Entretanto, com base no já referido art. 432, 1ª parte, do Código Civil Português, admite João Calvão da Silva²³² que a resolução seja provocada tanto pelo credor

²²⁷ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 709.

²²⁸ MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. **Cours de Droit Civil: les obligations**. 6. ed. Paris: Éditions Cujas, 1995. t. VI, p. 431. Em livre tradução: “A cláusula resolutiva, como toda resolução por causa de inexecução, jamais pode ser invocada pelo devedor, para quem seria impossível se prevalecer de sua própria inexecução”.

²²⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão. **A Resolução do Contrato no Direito Civil: do enquadramento e do regime**. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 161.

²³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações**. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV, p. 418. No mesmo sentido, o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira: “Mas é óbvio que somente o contratante prejudicado pode invocá-la; o inadimplente não pode, pois não se compadece com os princípios jurídicos que o faltoso vá beneficiar-se da própria infidelidade”. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 136.

²³¹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 419.

²³² SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 321-322.

como pelo devedor:

Admite este artigo, portanto, a resolução convencional, facultando às partes, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, o poder de expressamente, por convenção, atribuir a ambas ou a uma delas o direito de resolver o contrato quando ocorra certo e determinado facto (v. g. não cumprimento ou não cumprimento nos termos devidos, segundo as modalidades estabelecidas, de uma obrigação). A esta estipulação contratual dá-se o nome de cláusula resolutiva expressa.

Independentemente do posicionamento que se adote, é fato certo que a liberdade dos contratantes deve ser observada, inclusive no que se refere aos pressupostos e efeitos da cláusula resolutiva expressa no negócio jurídico, desde que muito bem delineada pelas partes no contrato, possibilitando a resolução do negócio independentemente da participação do Poder Judiciário. Isso quando não há oposição do outro contratante, que, se assim desejar, pode se valer de alguns instrumentos jurídicos para defender seu pretense direito, como a ação de consignação em pagamento visando elidir a resolução, se o caso comportar, por exemplo.

A resolução independentemente da intervenção judicial não é, porém, admitida pela jurisprudência pátria, conforme se vê, por exemplo, do julgado abaixo reproduzido:

2. Como de sabença, a extinção do contrato pode se dar, entre outras hipóteses, pelo implemento de cláusula resolutiva expressa ou tácita. Ao tratar da referida causa de extinção anormal do pacto celebrado, o Código Civil de 2002 assim preceitua: Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Ao interpretar a norma disposta no artigo 474 do aludido codex, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser “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” (REsp 620.787/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 27.04.2009)²³³.

Portanto, segundo jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a existência de cláusula resolutiva 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”²³⁴.

²³³ Brasil. Agravo em Recurso Especial nº 429.927-MS, decisão monocrática Ministro Marco Buzzi, julgado em 18.11.2015, publicado em 20.11.2015.

²³⁴ Brasil. Recurso Especial nº 204.246-MG, 4ª Turma do STJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10.12.2002, publicado no DJ de 24.02.2003.

Esse entendimento, pelas razões já expostas, coloca em xeque o instituto da cláusula resolutiva expressa. Nesse sentido, acrescenta-se que a cláusula resolutiva expressa também pode servir para suspender o ajuste enquanto não cessado o descumprimento, aproximando-se de uma exceção do contrato não cumprido²³⁵.

Para corroborar essa afirmação, menciona-se acórdão extraído do Agravo de Instrumento nº 2007.002.35719, relatado pelo então Des. Luis Felipe Salomão, na época integrante da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em caso que envolvia contrato de fornecimento de minério de ferro, reconheceu-se a possibilidade de se suspender o ajuste em razão de cláusula que autorizava o contratante inocente (fiel) a optar entre a suspensão e a resolução caso o inadimplemento não fosse sanado no prazo de três meses. Eis o teor da cláusula resolutiva expressa convencionalizada entre as empresas Companhia Siderúrgica do Pará (COSIPAR) e Companhia Vale do Rio Doce, prevista no item 7.5 do contrato, extraído do corpo do acórdão supra referido:

As PARTES reconhecem a importância da fiel observância de todas as normas legais referentes à atividade que desempenhavam, especialmente as normas trabalhistas e ambientais, e reconhecem também que o não cumprimento dessas normas, além das implicações legais, pode ocasionar em uma perda de mercado para o FERRO GUSA e, conseqüentemente, uma redução do consumo de MINÉRIO GRANULADO, tendo em vista que os mercados consumidores podem não querer se associar com fornecedores que não respeitem as normas legais, especialmente as trabalhistas e ambientais. Desta forma, as PARTES, desde já, acordam que o não cumprimento das obrigações constantes desta cláusula será caracterizado como infração contratual, permitindo à parte inocente optar pela suspensão ou rescisão deste Contrato, caso o descumprimento não seja sanado no prazo de 3 (três) meses, além das demais penalidades previstas neste instrumento.

Convencionaram as partes, portanto, a suspensão ou a resolução do contrato, cabendo a opção à parte inocente, isto é, ao contratante fiel (não faltoso).

A previsão de resolução convencional pode igualmente “ostentar um viés coercitivo, compondo, para a parte potencialmente incumpridora, um quadro diante do qual será melhor adotar postura tendente à execução das obrigações a que se vinculou”²³⁶, reforçando as garantias do credor²³⁷.

²³⁵ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 86.

²³⁶ *Ibidem*, p. 87.

²³⁷ “*La clause résolutoire étant destinée à renforcer la garantie du créancier supprime les inconvenientes de la résolution judiciaire, tout en maintenant les avantages qui résultent de l'article 1184 du Code civil (177)*”. GHESTIN, Jacques. **Traité de Droit Civil: les obligations: les effets du contrat**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 442. Em livre tradução: “A cláusula resolutiva sendo destinada a reforçar a garantia do credor supprime os inconvenientes da resolução judicial, mantendo as vantagens resultantes do art. 1184 do Código Civil (177)”.

Explica-se: tomando-se por base os novos princípios que norteiam as relações obrigacionais e contratuais e o fato de que o contratante deve programar-se para cumprir as obrigações livremente assumidas, é razoável pensar – até mesmo pelas sanções previstas no contrato para os casos de incumprimento – que o contratante sinta-se pressionado a cumprir sua parte no negócio, sob pena de se sujeitar ao exercício do direito potestativo por parte do contratante fiel. Destarte, é sensato pressupor que

Um devedor que tem interesse na manutenção e continuação da relação contratual agirá de modo a não dar ocasião ao credor de poder exercer mediante declaração unilateral, embora receptícia, o direito potestativo de resolução. É que, por um lado, o devedor sabe que a resolução se seguirá automaticamente, *ipso iure*, à declaração unilateral do credor, de modo inelutável, dada a situação de sujeição em que a este respeito se encontra; por outro lado, o devedor não pode alimentar a esperança de apreciação benevolente do juiz, pois este, se for chamado a intervir, apenas exerce um controlo [sic] da legalidade da resolução, limitando-se a declarar a sua existência e eficácia²³⁸.

Paralelamente, entende Emílio Betti²³⁹ que a cláusula resolutiva também pode ser utilizada como meio de defesa, justamente para proteger a condição de paridade entre as partes. Para justificar a afirmação, resgata o jurista italiano a ideia de cooperação que deve permear as relações obrigacionais, fazendo-o nos seguintes termos:

Aqui, importa, sobretudo, a resolução como meio de defesa destinado a tutelar a condição de paridade entre as partes, não no ato da conclusão do contrato, mas no desempenho do concerto de interesses a que se visa, quando ele deixa de corresponder à sua finalidade típica ante a frustrada cooperação da outra parte. Em conformidade com essa função, o meio de defesa volta-se não contra o negócio, mas contra a relação contratual a que ele deu origem.

Outra função desempenhada pela cláusula resolutiva expressa refere-se à segurança jurídica concedida ao contratante fiel (inocente), principalmente porque o fim último do contrato é sem dúvida o pagamento (adimplemento).

Entretanto, não é possível afirmar, com exatidão, que ambos os contratantes cumprirão, de forma exemplar, as obrigações assumidas por cada qual na avença celebrada. Daí o porquê desempenhar a cláusula resolutiva expressa função relacionada à segurança jurídica, tendo o contratante fiel, a seu favor, o benefício de resolver o contrato caso não haja mais interesse em continuar com o negócio ante o incumprimento obrigacional do outro

²³⁸ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 325.

²³⁹ BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Trad. Francisco José Galvão Bueno. Campinas: Bookseller, 2006, p. 671.

contratante. Ora, se

o credor não pode ter a certeza de que o contrato será executado em direção ao adimplemento, sem perturbações, pelo menos sabe que poderá pôr fim ao pacto sem precisar despender maiores custos nem enfrentar os percalços que podem surgir numa demanda judicial. O pacto resolutório acaba funcionando, assim, como garantia, senão quanto ao fiel cumprimento do contrato, ao menos quanto à possibilidade de sua mais simples cessação²⁴⁰.

Percebe-se, pois, que além de outorgar segurança ao contratante fiel e de certa forma conferir maior tranquilidade ao credor, a cláusula resolutiva contratual também diz com o aspecto econômico do contrato em razão de poder evitar gastos desnecessários e os percalços de uma (longa) demanda judicial.

Isso vai ao encontro do pensamento exposto por Maria Celina Bodin de Moraes²⁴¹ quando afirma que o “negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”, aqui representado por uma rápida e eficaz solução dos problemas que se apresentam, notadamente com o incumprimento perpetrado por um dos contratantes.

Partindo dessas premissas, crê-se que o trecho abaixo reproduzido, também de autoria de Maria Celina Bodin de Moraes²⁴², apresenta correlação com as ideias defendidas em torno da cláusula resolutiva expressa:

O princípio, tantas vezes repetido, segundo o qual “o que não é proibido é permitido”, há muito não corresponde aos valores que presidem as relações jurídicas de matriz privada. A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, entre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o já aludido abuso de direito, a fraude à lei, os princípios da boa-fé e da probidade, bem como da função social dos contratos.

Em um só termo, se a cláusula está bem delineada, representa o querer de ambas as partes e não atenta contra a lei, crê-se inexistir abuso, fraude ou inobservância de princípios que norteiam o direito obrigacional e contratual, autorizando o direito formativo de resolver ante o manifesto incumprimento do contratante infiel.

²⁴⁰ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 87.

²⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 295.

²⁴² *Ibidem*, p. 296.

Em verdade, acredita-se que o ponto central perpassa pelas seguintes questões: Para que serve a cláusula resolutiva? Qual sua função?

A função, segundo Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho²⁴³, “remodela a estrutura e o conteúdo do direito”. Sob essa perspectiva, afirma Rebeca Garcia²⁴⁴, mais especificamente quanto à cláusula resolutiva, que a função primordial do instituto é fugir do condicionamento legal da resolução, referindo-se à possibilidade que as partes têm, ante a autonomia que lhes confere o ordenamento, de bem desenhar as hipóteses de resolução, dado o caso concreto.

Em contratos duradouros, por exemplo, o instituto pode ainda servir “de mecanismo de ajuste ou adaptação a um futuro incerto, que pode vir permeado de desvios ao programa contratual”²⁴⁵.

Nesse sentido, a cláusula resolutiva expressa atua de forma preventiva por prever situações que, eventualmente, possam influenciar de forma negativa no cumprimento das obrigações assumidas no contrato, como, por exemplo, a resolução operada em razão da inscrição do nome de um dos contratantes nos cadastros de mau pagador, inviabilizando, por exemplo, a obtenção de financiamento bancário para a aquisição de determinado bem ou insumo. Por essa razão,

a previsão de uma cláusula resolutiva expressa apresenta-se como mecanismo de grande utilidade, atribuindo, de forma clara, maior ou menor importância a tais e quais prestações, demarcando os limites precisos do programa de cumprimento (*Erfüllungsprogramm*), desvincilhando-se do regime legal previsto para a resolução – que poderia vir a mostrar-se, no caso concreto, mais rígido. O sentido desse ‘escape’ – o qual, vale dizer, a rigor não se reveste de qualquer intuito fraudulento ou contrário aos princípios contratuais – pode ser traduzido na necessidade de proteger o interesse do credor, reafirmando sua posição de legitimado diante do incumprimento alheio²⁴⁶.

Insiste-se, pois, no fato de os princípios regentes do direito obrigacional e contratual entrarem em cena como parte integrante do direito de resolver, impondo limites e

²⁴³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). **Direito das Relações Patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 23.

²⁴⁴ “Função importante, que parece ínsita ao instituto, é a de fuga ao condicionamento legal da resolução, reforçando a posição da parte legitimada. Esta parece ser a *função primordial* do instituto, ‘que se manifesta em qualquer hipótese de sua incidência e que, portanto, molda suas principais características, serve de baliza para a solução de seus problemas aplicativos’, e à luz da qual se deve pensar a cláusula resolutiva expressa”. GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56, p. 88.

²⁴⁵ Ibidem, p. 89.

²⁴⁶ Ibidem, p. 89.

disciplinando situações que, caso venham a ocorrer, ensejam a resolução do contrato.

Nesse contexto, sobressaem em importância as redações dos arts. 421 e 422 do Código Civil, respectivamente: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Além da cláusula resolutiva expressa, dispõe a segunda parte do art. 474 do Código Civil²⁴⁷ sobre a cláusula resolutiva tácita. Esta espécie de cláusula resolutiva está

subentendida em todos os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, para o caso em que um dos contraentes não cumpra sua obrigação, autorizando, então, o lesado pela inexecução a pedir rescisão contratual, se não preferir exigir o cumprimento, e indenização das perdas e danos²⁴⁸.

Em verdade, essa condição resolutiva “*est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à ses engagements*”²⁴⁹.

Daí o porquê afirmar Maria Helena Diniz²⁵⁰ haver verdadeira presunção legal quanto à inserção dessa cláusula em contratuais bilaterais, facultando-se ao contratante lesado pedir a resolução do contrato ante o incumprimento obrigacional previamente previsto.

Ressalte-se, aqui, a ideia em torno do sinalagma, “termo de origem grega (Synallagma) de múltipla significação”²⁵¹, conquanto nos contratos sinalagmáticos ou bilaterais há verdadeira interdependência de obrigações²⁵², levando a crer (e aí a razão de ser da presunção) que o incumprimento de um dos contratantes faça desaparecer o interesse, por

²⁴⁷ “**Art. 474.** A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

²⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 158.

²⁴⁹ PICARD, Maurice; PRUDHOMME, André. *De la Résolution Judiciaire pour Inexécution des Obligations. Revue Trimestrielle de Droit Civil.* Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912. v. XI, p. 62. Em livre tradução: “é sempre subentendida em um contrato sinalagmático para o caso onde um dos contratantes não satisfizer pontualmente suas obrigações”.

²⁵⁰ “Há presunção legal de que os contratantes inseriram, tacitamente, cláusula disposta de que o lesado pelo inadimplemento pode requerer, se lhe aprouver, a rescisão do ajuste com perdas e danos. Isto porque, nesses contratos, a prestação de uma das partes tem por causa a contraprestação que lhe foi prometida; daí haver prejuízo com o não-cumprimento da obrigação de uma delas”. DINIZ, op. cit., p. 158-159.

²⁵¹ JABUR, Gilberto Haddad. Classificação dos Contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos.** São Paulo: Atlas, 2011, p. 209.

²⁵² CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: les obligations.* 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 301. No original: “*Les contrats synallagmatiques forment son domaine propre, ainsi que le suppose l'a. 1184. L'explication la plus naturelle du mécanisme est, du reste, l'interdépendance des obligations dans le contrat synallagmatique*”. Em livre tradução: “os contratos sinalagmáticos formam seu próprio domínio, conforme supõe o art. 1184. A explicação mais natural do mecanismo é, de resto, a interdependência de obrigações no contrato sinalagmático”.

parte do outro, em continuar com a avença²⁵³.

Essa presunção, no entanto, é relativa, porque há sempre a possibilidade de o contratante inocente executar o contrato, como lhe faculta o art. 475 do Código Civil²⁵⁴. Esse fato levou Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁵⁵ a considerar a resolução legal como sinônimo de resolução tácita, aplicada a todos os contratos bilaterais: “No Brasil, com o novo Código Civil, temos a resolução legal do art. 475, também denominada de tácita, que é sempre judicializada, e se aplica a todos os contratos bilaterais”.

De se observar, por igual, que as regras aplicáveis aos contratos bilaterais, sinalgmáticos ou de prestações correlatas ou correspectivas diferem-se daquelas aplicadas aos contratos unilaterais. A justificativa da distinção entre essas duas categorias de contrato estaria, segundo Orlando Gomes²⁵⁶, no fato de que “somente os *bilaterais* comportavam a *exceptio non adimpleti contractus* e a *cláusula resolutive tácita*”.

A despeito dos diferentes sistemas e entendimentos quanto à resolução *ipso iure* da cláusula resolutive expressa, a cláusula resolutive tácita, como já afirmado, exige a intervenção judicial, resolvendo-se o contrato apenas por sentença judicial, cuja natureza é constitutiva negativa²⁵⁷.

Assim, pode-se afirmar que o “nosso direito dispõe que a cláusula resolutive expressa opera de pleno direito, enquanto o exercício da cláusula resolutive tácita requer a

²⁵³ Observa Caio Mário da Silva Pereira que os “Códigos modernos, no desenvolvimento da ideia, instituem o princípio que se denomina *cláusula resolutive tácita*, imaginando-se que, em todo o contrato bilateral, a sua inexecução por uma das partes tem como consequência facultar à outra promover a sua resolução, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, muito embora não tenham sido ajustadas estas consequências”. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 136.

²⁵⁴ “**Art. 475.** A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

²⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 58.

²⁵⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109.

²⁵⁷ “A necessidade da intervenção judicial para a resolução do negócio dá à sentença a natureza constitutiva negativa e somente com ela é que se materializa o direito formativo do credor, pois é a sentença que resolve a obrigação. Segundo esse sistema, a atividade do juiz não se limita a declarar a resolução já acontecida por manifestação da vontade do credor; mais que isso, cumpre-lhe verificar a presença dos pressupostos do direito formativo”. AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 56-57. Por outras palavras, “como a cláusula opera de pleno direito, caso a outra parte não reconheça a resolução, ao juiz incumbirá declará-la, desde que a alegação esteja provada pela parte que a invoca. A sentença será *declarativa*, ao contrário do que ocorre nos casos de cláusula resolutive tácita em que a sentença será *constitutiva*”. MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 430. José Roberto de Castro Neves, de sua parte, manifesta-se nos seguintes termos: “Não havendo cláusula resolutive expressa, diante do inadimplemento, a parte lesada pode também notificar a parte faltosa, informando que a falha desta acarretou a perda do interesse e da utilidade da prestação, resultando na extinção da relação contratual. Aqui, também, se não houver concordância com relação ao término do contrato, haverá necessidade de submeter a questão ao Judiciário, que dará palavra final. Havendo divergência, mister, pois, haver uma sentença constitutiva, isto é, uma manifestação do Poder Judiciário, reconhecendo ou não a extinção do contrato pela inexecução”. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 329.

intervenção judicial”²⁵⁸, devendo o contratante inocente, neste caso, interpelar o contratante infiel para constituí-lo em mora. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ):

3. É incontestado o descumprimento do contrato firmado pelos réus conduzindo à inadimplência. 4. Não tendo sido estipulada a cláusula resolutiva expressa, subentende-se a existência de forma tácita, estando o credor sujeito a realização de prévia interpelação ou notificação do devedor a fim de constitui-lo em mora, convocando-o ao cumprimento da obrigação, na forma do art. 474, do CC/02. 5. Dívida que é considerável, impossibilitando à aplicação da teoria substancial do contrato, não demonstrando a parte ré, em nenhum momento dos autos, o interesse no pagamento do débito, mas apenas aventa direitos de terceiros adquirentes que, de boa-fé, adquiriram os lotes. 6. Perfeitamente cabível a resolução do contrato, possuindo os autores a faculdade de se utilizarem da medida judicial disponibilizada pelo ordenamento jurídico que considere mais adequada à satisfação de seu direito²⁵⁹.

Portanto, pode-se dizer que a lei incorporou essa construção doutrinária, a da existência de uma cláusula tácita no contrato,

sempre que não houver uma cláusula expressa, segundo a qual a parte, que vê descumprido o contrato, pode exercer o seu direito à resolução, mediante prévia interpelação judicial, dando ao inadimplente um *prazo razoável* para “purgar a mora”, findo o qual, caso o inadimplemento persista, pode pedir judicialmente a resolução do contrato²⁶⁰.

Para Araken de Assis²⁶¹, a cláusula resolutiva tácita também pode resultar de circunstâncias outras que, mesmo não se relacionando diretamente com a resolução, façam com que um dos contratantes não mais queira a continuidade do negócio, justamente por não mais subsistir interesse na contratação. Veja-se:

O art. 119, parágrafo único, segunda parte, do CC-16 certamente previa a condição tácita. E dela cogita, por sem dúvida, a segunda parte do art. 474 do CC-02. E ela pode resultar de circunstâncias assaz diversas, ínsitas a um contrato em particular e inconfundíveis às causas resolutivas. Se, por exemplo, o imóvel, objeto da compra e venda, se destina, segundo os termos do contrato, ao plantio de grãos, e nisto confiam vendedor e comprador, a inaptidão ulterior da área caracteriza evento definível como “condição tácita”. Portanto, dos termos da pactuação surgem eventos

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 120. No mesmo sentido, o Recurso de Apelação nº 0015797-21.2013.8.19.0207, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatora Des. Teresa Andrade, julgado em 01.07.2015: “4. Cláusula resolutiva tácita que deve ser reconhecida judicialmente, a teor do art. 474 do CC/02”.

²⁵⁹ Brasil. Apelação Cível nº 0010340-46.2006.8.19.0209, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatora Des. Mônica Costa di Piero, julgado em 10.02.2015.

²⁶⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 428.

²⁶¹ ASSIS, Araken. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

enquadráveis na categoria, que em nada se relacionam, exceto na potencialidade de dissolver o contrato, à resolução.

Com isso, sustenta o jurista gaúcho a possibilidade de o contrato ser resolvido em razão de fatos diversos daqueles delineados pelas partes contratantes e/ou objeto do contrato propriamente dito. A prevalecer esse entendimento, situações desse jaez também seriam disciplinadas pelo binômio incumprimento-resolução.

De qualquer sorte, não há como confundir condição com resolução. Aquela relaciona-se à eficácia do negócio jurídico. Esta à sua extinção.

Questão digna de enfrentamento refere-se, também, à possibilidade, ou não, de se pressupor cláusula resolutiva tácita para contratos unilaterais ou, simplesmente, não-sinalagmáticos.

Antes, porém, relembre-se que os contratos sinalagmáticos (bilaterais), são assim chamados em razão da reciprocidade de prestações, isto é, as partes contratantes apresentam-se como credora e devedora uma da outra, simultaneamente. A partir desse pensamento, é possível falar-se, então, em prestação e contraprestação, “sendo o sinalagma a relação de reciprocidade que, entre ambas, se estabeleça. Assim, são sinalagmáticos, por exemplo, os contratos de compra e venda e de locação”²⁶², justamente porque, nesses contratos, ambas as partes são credoras e devedoras umas das outras²⁶³.

Noutro vértice, há os contratos não-sinalagmáticos (unilaterais), donde se verifica a ausência dessa reciprocidade de prestações. Tal se dá com a doação pura e o mútuo, por exemplo²⁶⁴.

E, apesar de o Direito Romano não prever a ideia de reciprocidade²⁶⁵, essas duas modalidades de contrato (sinalagmáticos e não-sinalagmáticos) já eram previstas pelo

²⁶² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: contratos: negócios unilaterais**. Coimbra: Almedina, 2014. t. VII, p. 194.

²⁶³ “Torna-se necessário acentuar que nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos as obrigações das partes se encontram num relação de correspectividade e interdependência. Existe entre elas um nexu ou sinalagma, significando que a obrigação de cada uma das partes constitui a razão de ser da outra. Quando esse nexu se refere ao momento da celebração do contrato, quer dizer, só surge a obrigação de um dos contratantes se surgir a do outro, fala-se em *sinalagma genético*”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014, p. 361

²⁶⁴ “O critério de distinção entre *contratos unilaterais* e *contratos bilaterais* reporta-se ao modo como se distribuem obrigações resultantes do negócio: os primeiros geram obrigações apenas para uma das partes (ex.: a doação pura, o mútuo), ao passo que dos segundos derivam obrigações recíprocas a carga de ambas (ex.: a compra e venda, a locação). É frequente preferir-se, à terminologia tradicional de contratos unilaterais e bilaterais, uma outra mais técnica, respectivamente, de *contratos não sinalagmáticos* e *sinalagmáticos*”. Ibidem, p. 360.

²⁶⁵ Esclarece António Menezes Cordeiro: “No Direito romano não havia, propriamente, uma ideia geral de reciprocidade, nos contratos ou em alguns contratos. Apenas na compra e venda, através da figura da *exceptio non adimpleti contractus*, a figura se punha. A reciprocidade foi sendo reconhecida no Direito comum, ganhando um espaço na pré-codificação e, depois, no Código Napoleão”. Op. cit., p. 195.

Código Civil Francês de 1804, conforme se vê dos arts. 1.102 e 1.103, respectivamente transcritos: “*Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractans s’obligent réciproquement les uns envers les autres*”²⁶⁶ e “*Il est unilatéral lorsqu’une ou plusieurs personnes sont obliges envers une ou plusieurs autres, sans que de la parte de ces dernières il y ait engagement*”²⁶⁷.

Feitas essas considerações, retome-se à indagação anteriormente formulada no sentido de verificar se é possível, ou não, haver cláusula resolutiva tácita para os contratos unilaterais, assim entendidos aqueles que não contemplam obrigações recíprocas ou correspectivas, incidindo a prestação *ex uno latere*, isto é, apenas sobre uma das partes do contrato²⁶⁸.

Apesar de constituir pensamento minoritário, defende Araken de Assis²⁶⁹ a possibilidade de a cláusula resolutiva tácita ser aplicada a contratos unilaterais (*e.g.* doação), fazendo-o pelo fato de a redação do art. 475 do Código Civil não ter limitado a resolução aos contratos bilaterais, baseando-se a conclusão “na omissão de qualquer referência a semelhante classe contratual, no seu próprio texto, e à expressiva alusão, no âmbito da exceção de contrato não cumprido, regulada no art. 476, aos ‘contratos bilaterais’”.

Comparando-se ambos os artigos, percebe-se que o legislador referiu-se expressamente a contratos bilaterais no art. 476 do Código Civil²⁷⁰, não adotando o mesmo critério para o art. 475. Se não o fez, entende o jurista, é porque se revela possível aplicar o art. 475 do Código Civil para os contratos unilaterais. Mais adiante, arremata:

Em princípio, o domínio da resolução se cinge aos contratos bilaterais (*retro*, 1.1.2). Sem prejuízo da árdua tarefa empreendida na definição de semelhante classe contratual, desde a insatisfatória noção derivada da letra do CC francês, e independentemente do eventual êxito no isolamento de um conceito unívoco, forte tendência, reflexo da base econômica, estende o remédio a contratos unilaterais ou deturpa a correta taxionomia de um deles para incentivar seu aproveitamento no campo resolutório. Esta questão, no direito brasileiro, enquadra a resolução às hipóteses em que o contrato contém *prestações interdependentes*, atendidos, a um só tempo, os lados *econômico* e *prático* do instituto²⁷¹.

²⁶⁶ Em livre tradução: “O contrato é sinalagmático ou bilateral quando os contratantes se obrigam reciprocamente uns em relação aos outros”.

²⁶⁷ Em livre tradução: “É unilateral quando um ou várias pessoas se obrigam em relação a uma ou várias outras, sem que da parte destas últimas haja comprometimento”.

²⁶⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Classificação dos Contratos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210.

²⁶⁹ ASSIS, Araken. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 20-21.

²⁷⁰ “**Art. 476.** Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

²⁷¹ ASSIS, op. cit., p. 47.

Entretanto, ainda que outros países o admitam, continua vigendo no Brasil o entendimento segundo o qual a resolução é instituto ínsito aos contratos sinalagmáticos (bilaterais)²⁷², não havendo, inclusive, regra expressa em sentido contrário, como bem observa Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁷³:

Segundo se pode observar do exame das legislações mais modernas, como a da Itália, e da interpretação atual das legislações mais antigas, como a da França, a tendência é de extensão do âmbito de aplicação da resolução para além dos contratos bilaterais, apanhando os bilaterais imperfeitos e os unilaterais onerosos. Na Itália, segundo opinião difusa, a categoria dos contratos com prestações correspectivas não se esgota naquela dos bilaterais, mas é compreensiva também dos contratos com efeito real, tanto que a lei permite a resolução do mútuo oneroso (art. 1820 do Código Civil italiano). Assim também se observa na França, onde a jurisprudência tem admitido a resolução judiciária dos contratos unilaterais, como o empréstimo e o penhor.

No Brasil, apesar da alteração legislativa anteriormente mencionada e, à falta de regra expressa em sentido contrário, continua vigente o princípio de que a resolução é modo de extinção de contratos bilaterais.

Com o mesmo ponto de vista, a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes²⁷⁴:

E passou a lei a subentender a cláusula resolutiva em todos os contratos bilaterais, ainda que não expressamente formulada. Assim nasceu a cláusula resolutiva tácita. Hoje, porém, não é a vontade presumida o seu fundamento, mas sim razões de justiça comutativa, sendo traço característico dos contratos sinalagmáticos.

Ausente o sinalagma, não se deve aplicar, pois, a resolução²⁷⁵. Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁷⁶ ainda observa que, além de bilateral, o instituto da resolução requer a validade do contrato, “pois, se ele for inválido, por nulidade ou anulabilidade, o defeito já está na origem do ato, presente no momento da celebração, não havendo necessidade de invocar a causa resolutiva, conseqüente [sic] ao incumprimento, que é fato superveniente”.

²⁷² “Apesar desta alteração legislativa, à falta de regra em sentido contrário, pode-se concluir que continua em vigor o princípio de que a resolução é o modo de extinção de contratos bilaterais”. LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord). **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 506-507.

²⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 83.

²⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 118. Caio Mário da Silva Pereira entende da mesma forma: “Os Códigos modernos, no desenvolvimento da ideia, instituem o princípio que se denomina *cláusula resolutiva tácita*, imaginando-se que, em todo contrato bilateral, a sua inexecução por uma das partes tem como consequência facultar à outra promover a sua resolução, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, muito embora não tenham sido ajustadas estas consequências”. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 136.

²⁷⁵ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 85.

²⁷⁶ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 81.

Em resumo, o instituto da resolução apenas relaciona-se com contratos bilaterais, não apenas por conta da inexistência de legislação específica estendendo-o aos contratos unilaterais, mas também porque, nestes, inexistente a interdependência de obrigações recíprocas, nas quais as obrigações assumidas por um dos contratantes justificam o cumprimento daquelas assumidas pelo outro.

Sob essa perspectiva, registra-se a existência de uma enorme controvérsia quanto aos fundamentos da resolução, o que levou Araken de Assis²⁷⁷ a afirmar ser “praticamente impossível esquadrihar todas as teorias que, procurando reunir os fios dispersos e emaranhados, intentaram emprestar coerência ao fenômeno. Elas formam cipoal imenso, onde cada autor traz sua contribuição”.

Com efeito, dentre as várias teorias mencionadas pelo jurista²⁷⁸ – teoria da condição implícita, teoria da causa, teoria da sanção, teoria da interdependência, teoria do poder dispositivo e teoria da equidade – ganha especial relevo a teoria da causa, muito embora não esteja isenta de críticas doutrinárias. Explica-a Rafael Alvarez Vigaray²⁷⁹:

²⁷⁷ ASSIS, Araken. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

²⁷⁸ Sucintamente, pode-se dizer que a teoria da condição implícita traz consigo a ideia de que o incumprimento contratual gera a automática resolução do contrato, ainda que as partes não a tenham convencionado no contrato. Aparentemente, é a teoria admitida pelo ordenamento jurídico francês (CC, art. 1.184), espanhol (CC, art. 1.124), italiano (CC, art. 1.453), argentino (CC, art. 1.204) e uruguaio (CC, art. 1.431). No Brasil, a cláusula assim subentendida refere-se à resolução tácita, que, como visto, não se opera de forma automática, a exemplo da cláusula resolutiva expressa. A teoria da causa, por sua vez, aplicável aos contratos bilaterais, defende o posicionamento segundo o qual cada obrigação é causa da outra, de modo que o inadimplemento de um dos contratantes seria suficiente para desfazer a causa da obrigação do parceiro. A teoria da sanção, de sua parte, representaria uma “pena” aplicável àquele que descumpra sua parte na avença, ocasião em que seriam sacrificadas as vantagens econômicas que adviriam do contrato, caso houvesse cumprimento. Assim, a resolução seria uma sanção pela palavra não cumprida. Pela teoria da interdependência, as prestações seriam independentes entre si, devendo o contratante adimplir independentemente da contraprestação imposta ao outro, o que eliminaria o interesse do credor na conservação do contrato, se assim desejasse. Pela teoria do poder dispositivo, o credor poderia dispor de seu crédito em relação ao parceiro, liberando-se da obrigação. Por fim, a teoria da equidade. A quebra de corresponsabilidade das prestações ocasionada pelo não cumprimento obrigacional de um dos contratantes, podendo este, inclusive, já ter recebido a sua prestação, provocaria efeito manifestamente iníquo e intolerável ao sistema, representado pelo recebimento de determinada prestação sem a necessária e devida contrapartida, gerando efeito intolerável ao sistema. Para maiores detalhes, ver ASSIS, op. cit., p. 60-76.

²⁷⁹ VIGARAY, Rafael Alvarez. **La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento**. Granada: Universidad de Granada, 1972, p. 75. Em livre tradução: “Como síntese da exposição das diversas teorias que procuram justificar a resolução dos contratos bilaterais por incumprimento, pode-se dizer que o fundamento dessa instituição se encontra na interdependência das obrigações recíprocas surgidas no contrato bilateral, no qual as obrigações assumidas por cada uma das partes constituem a causa daquelas que competem à contraparte”. Ao tratar da teoria da causa no direito brasileiro, refere-se Clóvis Veríssimo do Couto e Silva ao princípio da sub-rogação, fazendo-o nos seguintes termos: “O princípio da sub-rogação consiste no fato de que num contrato bilateral as obrigações se fazem de causa uma em relação às outras. Esse princípio, enunciado por Domat, tem se mantido com constância em quase todos os tratadistas. De fato, o fim de uma das partes, enquanto intenção, ordena-se em relação à outra para engendrar o meio ou negócio jurídico. Com isso forma-se o ‘sinalagma genético’ que se projeta nas prestações co-respectivas, dando lugar ao aparecimento do ‘sinalagma funcional’, enunciado no art. 1.092 do Código Civil”. Teoria da causa no Direito Privado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 68.

Como síntesis de la exposición de las diversas teorías que tratan de justificar la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, puede decirse que el fundamento de esta institución se encuentra en la interdependência de las obligaciones recíprocas surgidas del contrato bilateral en el cual las obligaciones asumidas por cada una de las partes constituyen la causa de las que incumben a la contraparte.

Em relação a essa teoria, talvez a principal crítica feita pela doutrina refira-se à possibilidade de o credor preferir privilegiar o contrato à resolução, isto é, em razão do incumprimento obrigacional do faltoso, não optaria o credor pela resolução, mas sim pela execução da prestação.

Diante disso, a obrigação assumida por um não seria, necessariamente, causa daquela assumida pelo outro. A questão é posta por Caio Mário da Silva Pereira²⁸⁰ nos seguintes termos:

Uma controvérsia sem trégua divide os doutores a propósito de seu *fundamento*. Alguns escritores vão assentá-la na teoria da *causa*, sob a alegação de que, nos contratos bilaterais, sendo a obrigação de uma parte a causa da outra, e *vice-versa*, o seu descumprimento importa em deixar a obrigação do outro contratante não causada, e, em consequência, o contrato resolve-se. A explicação não satisfaz, não só porque a adoção da cláusula resolutiva tácita não é incompatível com os sistemas não causalistas (como o nosso), como ainda porque o credor, optante por exigir do devedor inadimplente a execução do obrigado, ao invés da resolução do contrato, procede em termos de prestigiar o contrato, que não sofre, assim, os efeitos da ausência da causação. Por outro lado, se a causa é erigida em elemento do negócio contratual, sua falta gera a nulidade e não a resolução. Para Picard e Prudhomme, seu fundamento é a *equidade*, que se não compadece com a execução do contrato quando ocorre desequilíbrio gerado pela inexecução. Para determinar a base teórica da cláusula é preciso remontar à interdependência das prestações. Desde que fique assentada, ressalta a resolução por inexecução de um dos contratantes como consequência natural.

Independentemente da teoria que se adote para regular os fundamentos da resolução, parece estar correto o entendimento segundo o qual o instituto não se aplica aos contratos unilaterais. Nesse sentido, afirma João Calvão da Silva²⁸¹ que a “inadimplência da específica obrigação prevista é fundamento e pressuposto indispensável da resolução”, dela emergindo um direito potestativo que confere ao seu titular a opção de resolver o contrato. Nada mais, nada menos.

²⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 137.

²⁸¹ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 323.

2 PERFIS DO DIREITO À RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Neste tópico, serão abordados os pressupostos da resolução em algumas modalidades contratuais, donde se verificará a possibilidade, ou não, de a cláusula resolutiva ser aplicada. Será enfrentada, também, a questão em torno do incumprimento parcial e total da obrigação, desde a sua origem até as consequências e efeitos da mora e do inadimplemento absoluto.

Além dessa dúplice possibilidade de resolução, será mencionada a chamada violação positiva do contrato, discorrendo o texto sobre a questão em torno da importância da boa-fé objetiva para o instituto da resolução, principalmente a partir das funções que criam os deveres em anexo, acessórios ou laterais. Na sequência, pretende-se tratar das figuras afins, como, por exemplo, a rescisão e a resilição, mencionado brevemente o efeitos de cada qual.

Por fim, será discutida a questão em torno do adimplemento substancial, de origem inglesa, bem como seus efeitos e reflexos quanto ao tema proposto, de modo a esclarecer se o contrato pode ser resolvido, ou não, ante o cumprimento substancial da obrigação por parte do contratante faltoso.

2.1 A resolução nas diversas modalidades de contrato

Somada à bilateralidade, aponta a doutrina a necessidade de estarem presentes dois outros pressupostos para que ocorra a resolução do contrato, referindo-se ao incumprimento definitivo da obrigação (inadimplemento absoluto) e a não inadimplência do credor. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho²⁸² acrescenta, de sua parte, um terceiro elemento, representado pela violação positiva do contrato, decorrente da inobservância dos

²⁸² Ao tratar da ampliação do inadimplemento e seus efeitos nos contratos, aponta Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho o modelo tricotômico quanto ao estudo do inadimplemento contratual: “Portanto, partiu-se de um modelo dicotômico – mora ou inadimplemento absoluto – previsto no Código Civil de 1916, para o modelo tricotômico, oxigenado pelos valores constitucionais e a abranger, além do inadimplemento absoluto e da mora, a violação positiva do contrato. Essa terceira via no espectro do estudo do inadimplemento contratual compreende, como sua mais nova espécie, a *violação de deveres anexos de boa-fé*, tais como informação, lealdade, cooperação e proteção”. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 270. Em complemento, observa Gustavo Luís da Cruz Haical que os deveres secundários acessórios da prestação principal direcionam-se à realização do interesse no crédito, isto é, interesse no cumprimento. Por essa razão, “constituindo-se deveres relacionados à própria satisfação do interesse do credor no crédito, se vierem a ser descumpridos e gerarem a inutilidade da obrigação pela perda do interesse do credor, dar-se-á o inadimplemento absoluto, configurando o direito formativo extintivo de resolução”. O Inadimplemento pelo Descumprimento Exclusivo de Dever Lateral advindo da Boa-fé Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas Essenciais: contratos: formação e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 559.

deveres acessórios à boa-fé objetiva. Esses tópicos, no entanto, serão abordados nas seções subsequentes.

Por ora, passa-se à análise do instituto em algumas modalidades de contrato. Já se informou, no item 1.5 deste trabalho, que o contrato bilateral pressupõe a existência recíproca de direitos e obrigações para ambas as partes, que são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras umas das outras. Desse modo, a prestação de uma representa a contraprestação da outra, constituindo esta a ideia do sinalagma. Neste contexto, esclarece Mário Júlio de Almeida Costa²⁸³ que

nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos as obrigações das partes se encontram numa relação de correspectividade e interdependência. Existe entre elas um nexu ou sinalagma, significando que a obrigação de cada uma das partes constitui a razão de ser da outra. Quando esse nexu se refere ao momento da celebração do contrato, quer dizer, só surge a obrigação de um dos contratantes se surgir a do outro, fala-se em *sinalagma genético*.

O sinalagma funcional, por sua vez, refere-se ao efetivo cumprimento do contrato, pois a reciprocidade ou contrapartida das prestações não ocorre no nascedouro do negócio, tal como no sinalagma genético, mas sim durante toda sua execução. O sinalagma funcional, portanto, ocorre durante a vida do contrato, a exemplo do que se vê nos contratos de locação e de trabalho, sendo perceptível nas obrigações duradouras, de modo que “uma das prestações vai sendo produzida para que a contraprestação seja recebida”²⁸⁴. Desta sorte,

retira a lei como consequência a imposição de uma interdependência entre as duas prestações, que se deve manter durante toda a vida do contrato, estabelecendo-se por isso que uma prestação não deve ser executada sem a outra e que, se uma das prestações se impossibilitar, a outra também se deve extinguir. Esta situação é denominada de *sinalagma funcional* e corporiza-se em vários aspectos do regime dos contratos sinalagmáticos²⁸⁵.

Dentre esses vários aspectos apontados pelo jurista lusitano, destacam-se a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) e a possibilidade de o contratante fiel resolver o contrato caso a outra parte deixe de cumprir sua obrigação (cláusula

²⁸³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Almedina: Coimbra, 2014, p. 361. No mesmo sentido, a lição de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “A existência de obrigações recíprocas para ambas as partes implica que o surgimento de cada prestação apareça ligado ao surgimento da outra, que se apresenta assim como sua contraprestação. O surgimento deste nexu entre as duas prestações no momento da celebração do contrato (*do ut des*) denomina-se de sinalagma genético”. **Direito das Obrigações: introdução: da constituição das obrigações**. 11. ed., Coimbra: Almedina, 2014. v. I, p. 182.

²⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: contratos: negócios unilaterais**. Coimbra: Almedina, 2014. v. VII, p. 198.

²⁸⁵ MENEZES LEITÃO, op. cit., p. 182.

resolutiva tácita). Isso somente confirma o pensamento de que esses dois aspectos são apenas aplicados aos contratos bilaterais²⁸⁶, pois a menor das inexecuções, segundo Maurice Picard e André Prudhomme²⁸⁷, traz desequilíbrio ao contrato sinalagmático.

Mas há mais. Além dos contratos bilaterais propriamente ditos, é necessário analisar os contratos bilaterais imperfeitos, os unilaterais, os onerosos, os gratuitos, os mistos e os coligados, buscando, assim, verificar as hipóteses de aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa em cada qual.

Inicialmente, os contratos bilaterais imperfeitos. Já restou demonstrado que o “critério de distinção entre *contratos unilaterais* e *bilaterais* reporta-se ao modo como se distribuem as obrigações resultantes do negócio”²⁸⁸. Isto é, os unilaterais geram obrigações somente para uma das partes (*e.g.* doação pura, mútuo) ao passo que dos bilaterais decorrem obrigações para ambos os contratantes, como ocorre na compra e venda, na locação e no arrendamento.

Todavia, não é demais lembrar que o contrato, em sua essência, é um negócio jurídico bilateral por excelência, pois envolve a vontade de ambos os contratantes. Desse modo, “sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, já que a sua constituição requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam de uma e de outra parte”²⁸⁹. Daí o porquê ter Orlando Gomes²⁹⁰ afirmado, considerado o momento de sua formação, que

seria contra-senso [sic] falar-se em *contrato unilateral*, mas, levando-se em conta os *efeitos* que esse negócio jurídico bilateral produz, verifica-se que ora cria obrigações para as duas partes, ora para uma só. Então, sob esse aspecto, se denomina *bilateral* no primeiro caso, e *unilateral* no segundo, porque ali as obrigações nasceram nos dois lados e aqui num só. Assim, na *formação*, todo contrato é negócio jurídico

²⁸⁶ “O primeiro é o de que cada uma das partes pode recusar a sua prestação enquanto a outra não efectuar [sic] a que lhe cabe ou não oferecer o cumprimento simultâneo (excepção de não cumprimento do contrato – art. 428º). A segunda é a de que o contratante fiel pode resolver o contrato se a outra parte incumprir a sua obrigação (resolução por incumprimento – art. 801, nº 2). A terceira é a de que a impossibilitação de uma das prestações extingue o contrato e determina a restituição da outra (caducidade do contrato sinalagmático por impossibilidade – art. 795, nº 1)”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**: introdução: da constituição das obrigações. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. I, p. 182.

²⁸⁷ PICARD, Maurice; PRUDHOMME, André. *De la Résolution Judiciaire pour Inexécution des Obligations. Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912. v. XI, p. 74. No original: “dans le contrat synallagmatique, par l’effet du lien rigoureux qui attaché l’une à l’autre les deux obligations essentielles, la moindre inexécution supprime l’équilibre que comande la nature de ce contrat”. Em livre tradução: “no contrato sinalagmático, em decorrência do rigoroso nexo que as duas obrigações essenciais, a menor inexecução suprime o equilíbrio que comanda a natureza desse contrato”.

²⁸⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Almedina: Coimbra, 2014, p. 360.

²⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 59.

²⁹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84.

bilateral, mas, nos *efeitos*, tanto pode ser bilateral como unilateral. Não se deve confundir, portanto, a *bilateralidade da obrigação contratual* com a *bilateralidade do consentimento*.

Neste contexto, aponta a doutrina uma classificação intermediária, situada entre os contratos unilaterais e bilaterais, referindo-se aos contratos bilaterais imperfeitos. Melhor explicando, não há, nos contratos unilaterais, uma dependência de prestações porque, nestes, apenas uma das partes se obriga. Entretanto, é possível que surja, durante sua execução, alguma obrigação a ser satisfeita por aquele que apenas detinha direitos quando da formação do contrato, dando azo ao surgimento dos contratos bilaterais imperfeitos, os quais não deixam de ser considerados unilaterais quando da análise de sua conclusão. Nesse sentido, o já referido Orlando Gomes²⁹¹:

O contrato bilateral imperfeito não deixa de ser unilateral, pois, no momento de sua conclusão, gera obrigações somente para um dos contratantes. Em verdade, a obrigação esporádica não nasce do contrato, mas, acidentalmente, de fato posterior à sua formação. O contrato bilateral imperfeito subordina-se, com efeito, ao regime dos contratos unilaterais.

Um exemplo é dado por Mário Júlio de Almeida Costa²⁹²: “o mandato gratuito só produz, em princípio, obrigações para o mandatário, mas ocasioná-las-á também para o mandante se o primeiro efectua [sic] despesas ou sofre prejuízos que o segundo deve reembolsar”.

Para o jurista português, os contratos bilaterais imperfeitos também englobam “contratos em que as obrigações deles resultantes para as duas partes não se encontram ligadas por qualquer sinalagma, isto é, cada uma não representa a contrapartida da outra”²⁹³, mencionado como exemplo o contrato de comodato.

Neste tipo de contrato, uma pessoa, dita comodante, entrega a outra, dita comodatário, gratuitamente, uma coisa infungível para que a utilize e depois a devolva. O comodante deve, pois, proporcionar ao comodatário o gozo da coisa emprestada, cabendo ao comodatário, de sua parte, a obrigação de restituí-la dentro do prazo previamente estipulado.

Em tese, o contrato de comodato é classificado como unilateral por gerar obrigações somente para um dos contratantes, ou seja, o comodatário. Acrescenta Caio Mário

²⁹¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85.

²⁹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Almedina: Coimbra, 2014, p. 362.

²⁹³ *Ibidem*, p. 362.

da Silva Pereira²⁹⁴, porém, ser possível, acidentalmente e por efeito de acontecimento posterior, que alguma obrigação também surja para o comodante, passando o contrato a figurar na subcategoria de bilateral imperfeito. Seria o caso, por exemplo, de o comodante proporcionar ao comodatário o gozo da coisa emprestada²⁹⁵.

Comparando ambas as classificações, pode-se dizer que a diferença entre contratos bilaterais e contratos bilaterais imperfeitos reside no seguinte aspecto: nos contratos bilaterais, as obrigações recíprocas existem desde a sua origem e são correlatas. Nos contratos bilaterais imperfeitos, por sua vez, as obrigações de um dos contratantes advêm posterior e acidentalmente, ou seja, não nascem na origem do contrato, sendo inexistente, no início, a correspectividade com a obrigação do outro.

Posta a questão, cabe agora analisar se a cláusula resolutiva, expressa ou tácita, encontra aplicação nos contratos bilaterais imperfeitos. Já se observou, em outra sede, que o instituto da resolução está relacionado à correspectividade de obrigações, pelo que aplicável somente aos contratos sinalagmáticos²⁹⁶.

Por conseguinte, quer se refira o caso a contratos unilaterais, quer a contratos bilaterais imperfeitos, entende-se que o instituto resolutório a eles não se aplica ante a inexistência da correspectividade, pressuposto do direito formativo resolutivo. Este, aliás, o pensamento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁹⁷:

Esses contratos, precisamente porque continuam sendo unilaterais, como fica claro na classificação de ENNECERUS, estão fora do instituto da resolução, porquanto

²⁹⁴ PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 311.

²⁹⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, de sua parte, observa que no “contrato de comodato, por exemplo, não obstante a alegação corrente de que gera obrigações somente para o comodatário, incumbe ao comodante, entre outras, a obrigação de não retirar a coisa comodada antes do tempo previsto, a de reembolsar as despesas extraordinárias e urgentes e a de indenizar os prejuízos”. A causa dos contratos. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 308.

²⁹⁶ Situação diversa é tratada pelo ordenamento jurídico francês, conforme se vê em Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Na França, de onde copiamos o modelo, há entendimento majoritário no sentido de que a resolução, permitida no art. 1.184 do Código Civil francês para os contratos sinalagmáticos, definidos no art. 1.102, também se estende a certos contratos unilaterais (art. 1.103 do mesmo diploma). Interpreta-se o art. 1.184 como sendo simples referência ao que normalmente ocorre, assim como vinha tratado na obra de POTHIER, sem excluir-se a possibilidade de sua aplicação aos unilaterais onerosos. A lição de CARBONNIER é de que se aceita a resolução em contratos unilaterais, como no caso do mútuo”. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 86. No mesmo sentido, o já referido Christophe Paulin: “*les contrats synallagmatiques constituent certainement le domaine principal de la clause résolutoire [...]. En revanche, rien n’empêche les parties de stipuler une clause résolutoire dans un contrat unilatéral, ce qui permet au débiteur de l’obligation principale de cesser de l’exécuter si son partenaire ne remplit pas les siennes*”. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 35. Em livre tradução: “os contratos sinalagmáticos constituem, certamente, a principal área para a cláusula resolutória [...]. No entanto, nada impede que as partes estipulem uma cláusula resolutória em um contrato unilateral, permitindo ao devedor de uma obrigação principal cessar sua execução caso o outro contratante não cumpra sua própria parte”.

²⁹⁷ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 84.

inexiste prestação correspectiva que possa ser incumprida, pressuposto do surgimento do direito resolutivo. A eventual obrigação, posteriormente criada, não decorre da vontade contratual, mas da incidência da lei, que atribui efeitos a atos particulares no curso da vigência do liame convencional, como ocorre com o direito à indenização que surge ao depositário, pelas despesas realizadas (art. 643 do Código Civil). A obrigação que o comodatário tem de restituir a coisa ao término do contrato não é obrigação assumida como equivalente da prestação do comodato.

Diante desse entendimento, não há como admitir a incidência da cláusula resolutiva em contratos unilaterais, isto é, quando há obrigações somente para uma das partes contratantes, tampouco para contratos bilaterais imperfeitos, que, no fundo, subordinam-se aos efeitos dos contratos unilaterais.

Quanto à atribuição patrimonial, é ainda possível distinguir os contratos em onerosos e gratuitos. O contrato é oneroso quando há atribuições patrimoniais para ambas as partes, vale dizer, há vantagens para ambos os contratantes. No contrato gratuito, por sua vez, a vantagem alcança apenas uma das partes.

Assim, a compra e venda “é um contrato oneroso, porque ambas as partes realizam atribuições patrimoniais, abdicando o comprador do preço e o vendedor da coisa”²⁹⁸. Difere o contrato oneroso do gratuito, em que somente uma das partes realiza atribuições de cunho patrimonial, a exemplo do que se vê na doação (Código Civil, art. 538) e no comodato (Código Civil, art. 579).

A classificação entre os contratos onerosos e gratuitos não se confunde com a classificação entre contratos sinalagmáticos e não sinalagmáticos²⁹⁹. Pode ocorrer de o pacto ser oneroso mas produzir efeitos somente quanto a um dos contratantes, a exemplo do que ocorre com o mútuo oneroso, em que apenas o mutuário tem a obrigação de restituir o capital e os juros, posto já ter cumprido sua obrigação de emprestar o mutuante. Neste caso, não há bilateralidade, mas há onerosidade.

²⁹⁸ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**: introdução: da constituição das obrigações. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. I, p. 183.

²⁹⁹ No mesmo sentido, seja permitido transcrever lição de Mário Júlio de Almeida Costa: “Esta classificação apresenta-se autónoma da anterior. Deve reconhecer-se, contudo, que a casuística patenteia, normalmente, efectiva coincidência entre contratos unilaterais e gratuitos, assim como entre contratos bilaterais e onerosos. Isso tem levado alguns autores à sua identificação. Todavia, no quadro do nosso direito, subsistem motivos para aceitar a coexistência e independência dos dois binómios. Trata-se de distinções que decorrem de pressupostos diversos: a oposição dos contratos unilaterais aos bilaterais radica, conforme se observou, na estrutura jurídica do vínculo, em saber se há ou não obrigações interdependentes para ambas as partes; pelo contrário, os contratos gratuitos distinguem-se dos onerosos considerando as atribuições de vantagens que os mesmos envolvem, ou seja, com base no conteúdo e na finalidade do negócio. Tal diferença de critérios explica, aliás, a diversidade de objetivos que a própria lei visa ao consagrar e utilizar as duas classificações. E tanto bastava para a sua separação”. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014, p. 368.

E, apesar de não haver consenso entre os juristas portugueses³⁰⁰, observa Luís Manuel Teles de Menezes Leitão³⁰¹ que “os contratos sinalagmáticos são sempre onerosos, uma vez que, ao gerarem obrigações recíprocas para ambas as partes, implicam sempre atribuições patrimoniais para ambas”.

Feitas essas considerações, cabe refletir se a cláusula resolutiva expressa condiz com esses tipos de contrato. A partir do posicionamento acima reproduzido, parece não haver dúvida quanto à aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa em relação aos contratos onerosos, até porque sinalagmáticos. Indaga-se, porém, se é possível instituir essa cláusula em contratos gratuitos, assim entendidos aqueles que proporcionam, para cada uma das partes, apenas vantagens ou sacrifícios³⁰².

Ao que parece, não é de se admitir a cláusula resolutiva expressa em contratos gratuitos. Isso porque sua estrutura relaciona-se com aquela dos contratos unilaterais, não admitindo estes, como já visto³⁰³, a estipulação de cláusula resolutiva ante a inexistência de prestação correspectiva que possa ser objeto de descumprimento, pressuposto do direito formativo à resolução.

Nos contratos de comodato, por exemplo, a “principal obrigação do comodatário é conservar a coisa, usando-a na finalidade estipulada, ou segundo a natureza dela (Código Civil, art. 582), sob pena de responder pela sua perda ou deterioração”³⁰⁴. E, se alguma obrigação sobrevier ao comodante, enquadrar-se-á o contrato na subcategoria dos bilaterais imperfeitos.

³⁰⁰ Por todos, transcreve-se lição de Mário Júlio de Almeida Costa: “Não menos discutida se mostra a tese de que nem todos os contratos bilaterais são onerosos. Todavia, parecem concebíveis contratos bilaterais e, pelo menos, parcialmente gratuitos. Assim pode acontecer com a doação modal ou com encargos (arts. 963º e segs.): apresenta-se como contrato bilateral, porque cria obrigações para os dois contratantes, embora redunde num contrato a título gratuito enquanto o sacrifício suportado pelo donatário fica aquém da atribuição patrimonial que o doador lhe faz”. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014, p. 369.

³⁰¹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**: introdução: da constituição das obrigações. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. I, p. 183. Reproduz-se, também, a lição de Orlando Gomes: “Os contratos onerosos são bilaterais, e os gratuitos, unilaterais, mas a coincidência não é necessária. Todo contrato bilateral é, entretanto, oneroso, por isso que, suscitando prestações correlatas, a relação entre *vantagem* e *sacrifício* decorre da própria estrutura do negócio jurídico. Há, porém, *contratos unilaterais* que não são gratuitos. O *mútuo feneratício* é, por exemplo, contrato unilateral oneroso”. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 88.

³⁰² “Um contrato é oneroso quando implique esforços económicos para ambas as partes, em simultâneo e com vantagens correlativas; pelo contrário, ele é gratuito quando cada uma das partes dele retire tão-só vantagens ou sacrifícios”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**: direito das obrigações: contratos: negócios unilaterais. Coimbra: Almedina, 2014. t. VII, p. 201.

³⁰³ “Contratos unilaterais normalmente não se sujeitam à resolução por inadimplemento, reservada aos contratos sinalagmáticos, exceção feita, segundo Pontes de Miranda, aos contratos unilaterais em que se fixou a irrevogabilidade, tais o mandato”. JABUR, Gilberto Haddad. Classificação dos Contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210.

³⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 314.

A segunda obrigação do comodatário, por sua vez, consiste em “*restituir o objeto no prazo ajustado, ou, em sua falta, quando lhe for reclamado, ressalvado, como visto, o tempo necessário a que se preencha a finalidade para a qual o contrato foi celebrado*”³⁰⁵.

Portanto, tem-se como certo o entendimento segundo o qual não é possível estabelecerem as partes, para o empréstimo gratuito de coisa infungível, por exemplo, a cláusula resolutiva expressa. Isso porque, diante da não restituição da coisa, caberá ao comodante, tão somente, propor ação cabível visando reaver a coisa infungível que emprestou³⁰⁶. Caso ainda haja a necessidade de reaver a coisa emprestada antes de vencido o prazo, entende a doutrina que a questão deverá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, ocasião em que, provada a urgência, será resolvido o contrato sem direito de reparação³⁰⁷.

Quanto aos contratos mistos, que se identificam pela “reunião num único contrato das características de dois ou mais contratos, total ou parcialmente regulados na lei”³⁰⁸, entende-se plenamente cabível a previsão resolutória, pois o que define um contrato misto é a junção, em um mesmo negócio, de contratos que aliam a tipicidade ou a atipicidade. Considera-se misto, pois, o contrato “em que as partes imiscuem em uma espécie regularmente dogmatizada, aspectos criados por sua própria imaginação, desfigurando-a em relação ao modelo legal”³⁰⁹.

Destarte, o contrato misto é aquele que reúne em si regras de dois contratos

³⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 315.

³⁰⁶ “Agravamento de instrumento. Ação de reintegração de posse. Contrato de comodato. Decisão que indefere o pleito liminar. Nos termos dos artigos 926 e 927 do código de processo civil, o possuidor tem direito a ser reintegrado na posse no caso de esbulho. Verifica-se que a documentação acostada aos autos dá indícios da verossimilhança do direito alegado. Deferimento da liminar para reintegração de posse. 1. A hipótese é de contrato de comodato firmado entre as partes por prazo determinado no espaço denominado “cantina” no Colégio do agravante. 2. Agravada que intimada para desocupação do imóvel permanece no bem. Caracterização do esbulho possessório de menos de ano e dia por força da extinção do comodato e da rescisão do contrato de prestação do serviço com a notificação extrajudicial. 3. Desta forma, foi demonstrada a existência dos requisitos da tutela de evidência para o deferimento da liminar possessória, conforme previstos no art. 927 e 928 do CPC, eis que se vê com clareza que a posse do agravado é injusta, tendo em vista que a posse da agravada se tornou precária com a resolução do contrato de prestação do serviço (art. 1.200 do CC), bem como do esbulho praticado com o não atendimento da notificação que acabou por findar o comodato (art. 1.210 do CC). Provimento ao recurso”. Agravamento de Instrumento nº 0028008-60.2015.8.19.0000, 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatora Des. Mônica de Faria Sardas, julgado em 24.11.2015.

³⁰⁷ “Se houve empréstimo para certo fim, o comodante terá de aguardar que se cumpra. Em qualquer caso, esboçado o conflito de necessidades, e provada a urgência, decidirá o juiz resolvendo o contrato sem direito de reparação”. PEREIRA, op. cit., p. 315.

³⁰⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual., Coimbra: Almedina, 2014, p. 372.

³⁰⁹ PEREIRA, op. cit., p. 55.

total ou parcialmente típicos. Esclarece Luís Manuel Teles de Menezes Leitão³¹⁰ que esse tipo de contrato assume-se “como um contrato atípico, por não corresponder integralmente a nenhum tipo contratual regulado por lei”.

E, tal como observa José Ignácio Gonzaga Franceschini³¹¹, como “espécies que são dos contratos atípicos, aplicam-se-lhes, evidentemente, os princípios gerais das obrigações”, razão pela qual não se vê óbices na previsão da cláusula resolutiva expressa, caso assim disciplinem as partes contratantes.

Realmente, se o contrato misto pressupõe a reunião, em um único contrato, de características de dois ou mais contratos total ou parcialmente típicos, óbice não há quanto à aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa. Isso não apenas por estar prevista em lei, mas também por representar um verdadeiro querer de ambos os contratantes³¹², não podendo o Poder Judiciário intervir no conteúdo pensado pelas partes envolvidas no negócio.

O contrato misto, porém, não se confunde com a união ou a coligação de contratos, apesar de às vezes ser difícil visualizar, na prática, se o caso versa sobre contratos mistos ou coligados³¹³.

Em casos tais, sugere Maria Celina Bodin de Moraes³¹⁴ que a questão seja analisada com base na causa dos contratos, pois é através dela que se reconhece o porquê e

³¹⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**: introdução: da constituição das obrigações. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. I, p. 186. Essa classificação deve ser vista como contratos atípicos *lato sensu*. Explica-se: “Por outro lado, divergem os contratos mistos dos atípicos propriamente ditos, eis que, se apresentam em comum combinações não previstas em lei (o que os coloca, face a face, como espécies do gênero contratos atípicos, ‘lato sensu’), separam-se ao verificar-se que, ao contrário dos contratos atípicos propriamente ditos, os mistos são formados por elementos previstos na lei para os típicos”. FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Contratos Inominados, Mistos e Negócio Indireto. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 248.

³¹¹ *Ibidem*, p. 250.

³¹² A afirmação supra encontra respaldo no já mencionado art. 432, 1ª parte, do Código Civil Português e na doutrina de Ruy Rosado de Aguiar Junior: “No contrato misto, com uma prestação e uma contraprestação, somente de natureza jurídica diversa, não há nada de especial quanto à resolução: o inadimplemento da obrigação, seja qual ela for, pode dar azo à resolução”. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 90.

³¹³ Pedro Pais de Vasconcelos apresenta o seguinte critério: “Quando a matéria contratada se subsuma [sic] a mais de um tipo contratual legal, a doutrina tradicional classifica-o como união de contratos ou como contrato misto consoante o relacionamento entre ambos. Se o relacionamento entre os tipos for tal que ambos possam subsistir e vigorar como contratos completos separados, não obstante o vínculo que os liga, a classificação é a de união de contratos. Se o relacionamento entre os tipos não permitir a separação, o contrato é classificado como misto. Tudo está em saber se é possível no caso separar, na matéria contratada, um contrato estruturalmente completo por cada tipo. A chamada doação mista pode, nesta perspectiva, ser qualificada de ambos os modos, consoante se entenda que nela podem subsistir uma compra e venda completa de uma parte da coisa e uma doação completa da outra parte da coisa, ou se conclua que, sendo uno e único o objecto [sic], não é possível separar no todo estipulado dois contratos estruturalmente completos”. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 381.

³¹⁴ MOARES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 293.

para quê serve o negócio jurídico celebrado. Isto é, qual sua razão de ser ou, simplesmente, a sua causa. Nessa medida,

A causa também serve para isto: é através dela que se individualizam os elementos essenciais a um determinado contrato, e a partir daí se pode proceder à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecido pelas partes. A causa permite, portanto, que se qualifique o negócio jurídico. Desta forma, ainda que o elemento causal, como requisito do contrato, não esteja expresso no ditado do Código Civil, ele lhe é inerente uma vez que ‘a causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia’.

A necessidade de qualificação dos institutos não é apenas um problema de sistematização dogmática. A causa releva, por exemplo, quando se tem de saber a que negócio jurídico pertence o efeito que se analisa. Somente ao se estabelecer o nexos de causalidade entre o efeito e o negócio é que se pode determinar, com pertinência, a disciplina a ele aplicável. Importa ainda, particularmente, na análise dos chamados contratos mistos e dos contratos coligados, ou conexos.

De qualquer forma, a união contratual, também denominada contratos coligados, coligação contratual, contratos conexos e redes contratuais³¹⁵, cada vez mais frequente no atual estágio das relações jurídicas³¹⁶, deve ser entendida como dois ou mais contratos que se encontram interligados entre si por um nexos funcional, formando uma unidade de interesse econômico, mas que preservam, cada qual, sua própria individualidade. Daí se dizer que os contratos coligados cumulam-se, mas não se fundem.

Diante disso, entende-se a possibilidade de se utilizar a cláusula resolutiva expressa ante a conexão funcional existente, até porque esta faz com que um contrato “só tenha executividade jurídica se o outro também tiver, formando, assim, uma rede contratual interdependente”³¹⁷. É o que ocorre, por exemplo, em um contrato de compra e venda de automóvel com concessão de crédito para financiamento do bem. Neste caso, há dependência funcional, pois a resolução da compra envolve a do crédito, isto é, a resolução de um contrato atinge o outro, resolvendo-o.

³¹⁵ Quanto à terminologia, observa Giovanni Ettore Nanni que no “direito brasileiro, o tema vem ganhando destaque, especialmente em trabalhos monográficos oriundos de programas de pós-graduação *stricto sensu*. Cada qual, ainda que mantendo certa similaridade em suas teorias, emprega uma designação diversa, embora sinônima: contratos coligados, coligação contratual, contratos conexos e redes contratuais, entre outros”. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 231-232.

³¹⁶ Anota António Menezes Cordeiro que o “tráfego comercial faculta um cenário efectivo bastante diferente. Muitas vezes os contratos encadeiam-se, uns nos outros, de tal modo que surge toda uma série de interações relevantes para o regime aplicável. O recurso a vários contratos devidamente seriados e articulados é particularmente indicado para enquadrar situações complexas: temos, então, coligações ou uniões de contratos”. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: contratos: negócios unilaterais**. Coimbra: Almedina, 2014. t. VII, p. 273.

³¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 68.

Para tanto, é preciso verificar, em primeiro lugar, se um contrato está para o outro assim como o principal está para o acessório, de modo que o incumprimento da obrigação no contrato principal conduz à sua resolução bem como a do contrato acessório. Nesse sentido, a lição de Ruy Rosado Aguiar Junior³¹⁸:

Nos contratos coligados, a resolução de um atua sobre o outro, resolvendo-o. Para isso, é preciso verificar, em primeiro lugar, se um contrato está para o outro assim como o principal está para o acessório; nesse caso, o incumprimento da obrigação do contrato principal leva à sua resolução e, também, à do acessório.

Porém, se o descumprimento é do contrato acessório, segue explicando o autor,

a resolução concomitante do principal somente ocorrerá se impossibilitada a sua prestação, ou tornada extremamente onerosa – a exigir sacrifício anormal e desproporcionado ao devedor –, ou se eliminado o interesse do credor. Se os contratos coligados tiverem a mesma importância, a resolução de um atingirá o outro, se demonstrado que um não teria sido firmado sem o outro (sinalagma genético), ou que a impossibilidade de um determina a do outro, ou que o incumprimento de um afeta o interesse que o credor poderia ter no cumprimento do outro (sinalagma funcional). Pode acontecer que a prestação onerosa assumida em um contrato seja correspondente à vantagem garantida em outro, de tal sorte que a falta de um poderá abalar o equilíbrio que o conjunto dos contratos garantia. Na união de contratos, sendo eles distintos e autônomos, não há, nesse aspecto, recíproca influência³¹⁹.

Pense-se nos contratos de planos de saúde em que se unem contratos de prestação de serviços médicos, de hospitalização, de fornecimento de medicamentos e de seguro. A seguir esse pensamento, a resolução só seria possível se houvesse a resolução do contrato principal. Assim, extinguindo-se o contrato de plano de saúde, a internação hospitalar já não mais seria possível através desse sistema, mas sim por meio de outro, como o Sistema Único de Saúde, por exemplo.

Por sua vez, a resolução do contrato acessório concomitante à do principal só seria possível se tornada inexecutável o cumprimento do contrato principal ou se sua prestação tornar-se excessivamente onerosa ou se não mais subsistir interesse, por parte do credor, no seu cumprimento (*e.g.* impossibilidade de prestação de serviços médicos dada à inexistência ou impossibilidade de medicamentos).

Entretanto, estando ambos ou todos os contratos coligados (unidos), a

³¹⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 90.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 90.

resolução de um acarreta a resolução do outro dada a conexão funcional que os une, representada pela unidade de interesse.

Desse modo, “numa união entre um contrato de trabalho desportivo e uma cessão de direito à imagem, a rescisão do primeiro envolve a do segundo”³²⁰, salvo se restar comprovado que a inexecução de um contrato não se subordina, necessariamente, à inexecução do outro, o que poderia colocar em xeque a própria ideia de coligação.

Partindo dessas premissas e desde que não restem desrespeitadas normas de ordem pública, a boa-fé, os bons costumes, os princípios gerais de direito e a dignidade humana, não se considera descabida a previsibilidade da cláusula resolutiva expressa nos contratos atípicos, mistos ou coligados, até porque a causa, à luz da teoria antivoluntarista, ou da declaração, serve para dar juridicidade a esses negócios, delimitando sua função no universo jurídico³²¹.

Ora, ainda que se entenda que o ordenamento jurídico não dê guarida aos negócios jurídicos abstratos, isto é, a negócios “que estejam sujeitos, tão-somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social”³²², entende-se a perfeita aplicabilidade da cláusula resolutiva no contrato. Isso porque ela própria exerce importante função dentro do direito obrigacional, notadamente quanto ao efetivo cumprimento das obrigações. Vale lembrar que a cláusula resolutiva também constitui uma das formas de se compelir o devedor a cumprir obrigação assumida, dando guarida à principal característica do direito: a coercitividade, entendida como a possibilidade forçada de se fazer cumprir a norma jurídica³²³.

A despeito deste entendimento, unicamente voltado ao direito civil pátrio, aponta-se aqui uma aparente contradição na doutrina francesa quanto à causa. Ao que parece, o direito francês manteve-se ligado à sua concepção subjetiva, privilegiando a vontade dos contratantes como o elemento principal do contrato, considerando como fator preponderante a vontade das partes.

³²⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: contratos: negócios unilaterais**. Coimbra: Almedina, 2014. t. VII, p. 278.

³²¹ “A teoria antivoluntarista, ou da declaração, opera, principalmente, através da noção de causa, considerando-a ‘objetiva’. Através dela, a função do negócio é colocada em primeiro plano, em lugar da vontade [...]. Então, embora a causa seja uma, ela cumpre três papéis diferentes mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve para dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve para os delimitar através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, para os qualificar, distinguindo os seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 299-303.

³²² Ibidem, p. 316.

³²³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

Recorrer à causa representa, pois, referir-se à vontade real ou até mesmo aquela suposta pelas partes no momento da contratação, como bem asseveram Jacques Ghestin, Christophe Jamin e Marc Billiau³²⁴: “*recourir à la cause, c’est toujours se référer à la volonté réelle ou supposée des parties, au but qu’elles se sont fixées au moment de contracter*”.

Como justificar a necessidade, então, de se obter intervenção judicial para declarar resolvido o contrato se as próprias partes convencionaram, expressamente, cláusula resolutiva em negócio livremente entabulado? Não seria possível aplicar, aí, o preceito segundo o qual a ninguém é dado o direito de agir contra seus próprios atos, consubstanciado na máxima *venire contra factum proprium*?³²⁵

Assim, se a noção de causa, notadamente para o direito francês³²⁶, limita-se à vontade dos contratantes, parece razoável sustentar, também naquele direito, que essa mesma vontade deve ser preservada, corolário, inclusive, do dever de transparência, lealdade e cooperação aos quais devem se submeter todos os contratantes.

2.2 Incumprimento relativo e absoluto da obrigação

Em regra, as obrigações são contraídas com vistas à sua extinção. Assim, considerando a obrigação como um processo, é natural pensar que tanto o devedor quanto o credor desenvolvem uma série de atos tendentes ao fim da relação obrigacional, satisfazendo a prestação devida, representando o cumprimento ou adimplemento, conforme ensina Mário Júlio de Almeida Costa³²⁷, “o aspecto culminante da vida da relação obrigacional”. O pagamento representa, pois, o último estágio do direito das obrigações.

Isto se dá porque a relação obrigacional, além de constituir uma relação

³²⁴ GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. *Traité de Droit Civil: les effets du contrat*. 3. ed., Paris: LGDJ, 2001, p. 492. Em livre tradução: “recorrer à causa representa sempre se referir à vontade real ou suposta pelas partes, ao objetivo que se fixaram no momento da contratação”.

³²⁵ Em parecer datado de 01.08.2005, Nelson Nery Júnior faz a seguinte observação: “De outra banda, também [sic] é manifestação da boa-fé objetiva, o preceito segundo o qual a ninguém é dado agir contra seus próprios atos, de modo que dos contratantes o direito exige a coerência, mesmo porque os procedimentos do contratante incutem – corretamente – no outro contratante a confiança de que se vai agir sempre daquela mesma maneira. Queremos dizer com isso que é vedado ao contratante *venire contra factum proprium*”. Contrato de Distribuição de Petróleo e Derivados: aspectos materiais e processuais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: serviços e circulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6, p. 490.

³²⁶ O art. 1131 do Código Civil Francês é claro ao afirmar que “*L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*”, isto é, “uma obrigação sem causa, ou falsa causa, ou causa ilícita, não pode produzir nenhum efeito”.

³²⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014, p. 991.

complexa, não pode ser vista de forma estática, mas sim direcionada a um fim, representado pelo seu cumprimento³²⁸. “Perdoando-se a gasta e débil metáfora, pode-se dizer que a obrigação vive para morrer através do adimplemento”³²⁹. Por isso diz-se que

a relação obrigacional se desenvolve como um processo, polarizado pelo seu adimplemento com a satisfação das partes, que é o seu fim. Como todo o processo, a obrigação caminha para algo, este algo é o adimplemento que, por sua vez, é o próprio fundamento da existência da obrigação³³⁰.

Não é exagero afirmar, por conseguinte, que o adimplemento de uma obrigação é a regra, constituindo o inadimplemento a exceção³³¹. Esta afirmação confirma o entendimento de que a obrigação nasce para ser extinta, donde sobreleva o caráter da transitoriedade³³², liberando-se, conseqüentemente, o devedor.

³²⁸ A afirmação também encontra respaldo em Luís Manuel Teles de Menezes Leitão ao criticar o dogma da geometria euclidiana das obrigações: “Tendo origem essencialmente romanística, o Direito das Obrigações assumiu-se como um eco jurídico do sistema de ordenação, produção e distribuição dos bens na sociedade económica de mercado. Essa situação levou inclusivamente à defesa da sua imunidade em relação a modificações sociais e invariabilidade no tempo e no espaço, o que configuraria o denominado ‘dogma da geometria euclidiana das obrigações’. Esta concepção mostrou-se, no entanto como errada, já que o Direito das Obrigações não deixou de receber as concepções derivadas do moderno Estado social, de que é exemplo a protecção da parte mais fraca nos contratos, bem como reagir à crescente valorização económica da movimentação dos bens, através da tutela das possibilidades de seu aproveitamento económico e imaterial, na responsabilidade civil e no enriquecimento sem causa”. **O Ensino do Direito das Obrigações**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina. Coimbra: Almedina, 2001, p. 25.

³²⁹ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.

³³⁰ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 459.

³³¹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 6.

³³² “A doutrina tradicionalmente destaca como singularidade do direito das obrigações o fato de cuidar de relações jurídicas temporárias ou transitórias, cuja satisfação leva à extinção. Quando a dívida é adimplida extingue-se. Não só a dívida é transitória, mas o crédito correlativo. A transitoriedade existe até mesmo nas obrigações de execução duradoura, como nos contratos relacionais e de prestações de serviços (e. g.: planos de saúde ou de previdência privada), nos quais cada prestação esgota e extingue o crédito e a dívida correspondentes. Em contrapartida, as relações jurídicas de direito real seriam permanentes”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18-19. Entretanto, analisando questão submetida à sua apreciação, acena Gustavo Tepedino com a possibilidade de obrigações tangenciarem a perpetuidade. Melhor explicando, ao estudar caso concreto em que os contratantes estabeleceram na escritura pública de compra e venda, dentre outras obrigações, a de que a compradora, por si e seus herdeiros, não poderia permitir sob nenhuma forma ou pretexto que no *stadium* ou praça de esportes ou suas dependências se fizesse a venda, distribuição gratuita ou propaganda de produtos similares aos fabricados pela vendedora, conclui o autor que na “esteira desse amplo espectro de atividades económicas privadas, situa-se a hipótese em exame, em que, mediante aposição de dever jurídico inserido no título aquisitivo da propriedade, encontram-se vinculados sucessores e terceiros à disciplina dominical pretendida pelas partes. A obrigação de não fazer torna-se, assim, oponível *erga omnes*, guardando eficácia real e sendo tendencialmente perpétua. Note-se a conotação técnica que adquire a relação obrigacional dotada de oponibilidade *erga omnes*. De uma parte, possui todas as características típicas das situações jurídicas subjetivas reais, especialmente no que concerne aos atributos da seqüela e da ambulatoriedade [...]. Daí dizer-se que o vínculo jurídico estabelecido é *tendencialmente* perpétuo, ou seja, perene desde que não haja extinção bilateral”. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 291-292.

Daí o porquê afirmar Luís Manuel Telles de Menezes Leitão³³³ ser através da realização da prestação que se verifica “a transposição para o plano ontológico dos factos (ser) do conteúdo deontológico da vinculação (dever ser), o que importa a extinção da obrigação através da satisfação do interesse do credor”, liberando-se, como afirmado, o devedor.

Todavia, pode ocorrer que, por uma razão ou outra, a prestação não chegue a ser cumprida nos termos ajustados, o que daria azo ao incumprimento, inadimplemento ou inexecução da prestação obrigacional³³⁴, termos mais afetos aos direitos português, brasileiro e francês, respectivamente.

Neste contexto, pretende-se abordar os casos em que a prestação devida deixa de ser cumprida, investigando-se, ao depois, a correlação existente entre essas espécies de incumprimento e a cláusula resolutiva expressa.

Pretende-se, pois, verificar em que medida o inadimplemento de uma obrigação reflete na resolução de um contrato ante a cláusula resolutiva pactuada pelas partes no negócio, principalmente se o atraso conduz à inutilidade ou irrecuperabilidade³³⁵ de o credor receber a prestação. Para isso, relembre-se que:

O princípio básico é o de que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação se torna responsável pelos prejuízos ocasionados ao credor. Isto, quer se trate de não cumprimento definitivo, quer de simples mora ou de cumprimento defeituoso³³⁶.

De qualquer sorte, adverte Ruy Rosado de Aguiar Júnior³³⁷ que o incumprimento

³³³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações: transmissão e extinção das obrigações: não cumprimento e garantias do crédito**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. II, p. 137.

³³⁴ António Menezes Cordeiro refere-se ao não cumprimento das obrigações nos seguintes termos: “Temos não cumprimento, também dito incumprimento ou inadimplemento, sempre que o devedor não realize, de acordo com as regras aplicáveis, a prestação devida”. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias**. Coimbra: Almedina, 2014. t. IX, p. 103.

³³⁵ O termo é utilizado por Araken de Assis: “O inadimplemento absoluto se caracteriza ‘quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo’. Nele existe inatuação importante – a falta atribuível ao devedor – *irrecuperável*. Exemplos dessa modalidade gravíssima de descumprimento dos deveres obrigacionais: (a) Pedro se obrigou a entregar a Mário um automóvel, que, entretanto, pereceu em razão de mau uso; (b) Artur se comprometeu a fazer mágicas na festa de aniversário do filho de Paulo e não compareceu a ela; (c) Fernando, obrigado pelo saldo do preço do automóvel, caiu em insolvência”. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

³³⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1037.

³³⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 93.

cria para o credor dois inconvenientes: priva-o de receber a prestação esperada, com os prejuízos daí decorrentes, e expõe-no ao risco de perder a contraprestação por ele já antecipada. Há a diminuição imediata de seu patrimônio e a frustração da vantagem que adviria com o cumprimento pelo devedor, o que significa sofrer dupla perda.

Tradicionalmente, ensina o referido autor que o incumprimento obrigacional pode ser analisado sob quatro aspectos: a causa, o efeito, o conteúdo e o interesse do credor³³⁸.

Quanto à causa, o incumprimento obrigacional pode resultar de culpa do próprio devedor ou de fato a ele inimputável, como o ato de terceiro, a culpa do credor ou o caso fortuito ou a força maior (e.g. determinada empresa deixa de entregar produtos alimentícios por conta de chuvas torrenciais que destruíram ruas e pontes, inviabilizando por completo o transporte da carga)³³⁹.

Quanto aos efeitos, o comportamento contrário do devedor faltoso pode resultar em incumprimento definitivo, não definitivo ou defeituoso. Ocorre o incumprimento definitivo se a prestação não mais puder ser efetuada ou exigida, ou, ainda que possível e exigível, não mais tiver utilidade para o credor. O incumprimento não definitivo, por sua vez, refere-se à mora, vale dizer, “quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor, mas a prestação não é efetuada no tempo, modo e lugar convencionados”³⁴⁰. Defeituoso, por conseguinte, seria o cumprimento imperfeito, isto é, a execução defeituosa, que não atende integralmente à prestação convencionada³⁴¹.

³³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 94-95.

³³⁹ Na doutrina francesa, sustenta Bertrand Fages que a força maior não é impedimento para a aplicabilidade da cláusula resolutiva. **Droit des Obligations**. 5. ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 247. No original: “*En d’autres termes, la résolution du contrat peut être prononcée quel que soit le motif qui a empêché le débiteur de remplir ses engagements, même s’il s’agit d’un cas de force majeure*”. Em livre tradução: “Em outros termos, a resolução do contrato pode ser pronunciada qualquer que seja o motivo que impediu o devedor de cumprir suas obrigações, mesmo tratando-se de um caso de força maior”.

³⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 95.

³⁴¹ Explica Mário Júlio de Almeida Costa que “ao lado do *não cumprimento definitivo* e da *mora*, existe a possibilidade de o crédito ser violado por um *cumprimento defeituoso* ou *imperfeito*. A doutrina alemã designa-o comumente [sic], sem inteiro rigor, como *violação contratual positiva* («positive Vertragsverletzung»). O dano não resulta aqui da omissão ou do atraso do cumprimento, antes dos vícios ou deficiências da prestação efectuada – que, portanto, se realiza, embora não como se impunha. Mas saliente-se que essa inexactidão do cumprimento se traduz num defeito ou vício da prestação que não envolve uma sua falta de identidade ou quantidade [...]. Consideremos alguns exemplos: o vendedor que entrega animais doentes que contagiam os detidos pelo comprador nos seus estábulos; o comerciante que fornece géneros deteriorados que o cliente consome com prejuízo para a saúde ou se vê forçado a inutilizar; o contabilista que organiza, no prazo estabelecido ou até antes do decurso deste, um balanço errado da empresa, levando a gerência a tomar decisões ineficazes ou ruinosas; o operário que efectua uma reparação em determinado prédio, mas que, ao sair, danifica um móvel ou, por descuido, lança ponta de cigarro que provoca incêndio; a pessoa a quem se empresta um livro e que não informa, ao devolvê-lo, que o mesmo esteve nas mãos de um doente com enfermidade contagiosa que se transmite ao comodante”. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1058-1060.

Em relação ao conteúdo da violação, o incumprimento pode ser de obrigação principal ou acessória ou de algum dever secundário de conduta, decorrente do princípio da boa-fé. Um exemplo de incumprimento obrigacional relacionado à obrigação principal diz com a negativa, por parte do vendedor, em entregar a coisa móvel recém alienada ao comprador, privando-o de seu uso.

Quanto ao incumprimento de algum dever secundário de conduta, pode-se pensar na ausência de explicação, por parte desse mesmo vendedor, quanto ao funcionamento do sistema de som instalado no automóvel, gerando dificuldades quanto à sua utilização por parte do atual proprietário.

No que se refere ao interesse, o incumprimento da obrigação pode se dar sem impedir a satisfação do credor, mediante intervenção de terceiro (Código Civil, arts. 304 e 305³⁴²), obtida pela execução forçada ou pela realização de outro modo que não pela prestação do devedor (*e.g.* o fiador que paga a dívida de seu afiançado).

Dá-se, também, sem a satisfação do credor, hipótese em que este não recebe a prestação e dela fica definitivamente privado.

Não se pode deixar de mencionar, porém, que o revogado Código Civil previa um modelo dicotômico de incumprimento, referindo-se, apenas, ao inadimplemento absoluto e ao inadimplemento relativo, comumente chamado de mora³⁴³. O traço distintivo de ambos os institutos consiste na possibilidade de se cumprir, ou não, a obrigação, ainda que tardiamente³⁴⁴.

Entretanto, a despeito do que disciplinava o Código Civil de 1916, o atual direito das obrigações amplia as hipóteses de adimplemento, considerando cumprida a obrigação ante a observância dos deveres acessórios ou laterais decorrentes da boa-fé objetiva.

Deste entendimento também decorre uma ampliação das hipóteses de inadimplemento (inclusive quanto à inobservância desses mesmos deveres acessórios ou

³⁴² “**Art. 304.** Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. **Parágrafo único.** Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome próprio e à conta do devedor, salvo oposição deste. **Art. 305.** O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor. **Parágrafo único.** Se pagar antes de vencida a dívida, só terá direito ao reembolso no vencimento”.

³⁴³ “De acordo com o revogado Código Civil de 1916, o inadimplemento das obrigações dividia-se, tão somente, em inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo ou mora”. SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 459.

³⁴⁴ “O traço distintivo entre inadimplemento absoluto e a mora está no fato de que no inadimplemento absoluto a obrigação deixa *definitivamente* de ser cumprida, enquanto que, para a configuração da mora, é necessário que seja possível o cumprimento da obrigação, ainda que tardio”. *Ibidem*, p. 459.

laterais), o que recebeu da doutrina alemã o nome de violação positiva do contrato, conforme ensina Antônio Carlos de Lemos Basto³⁴⁵:

Ainda em 1902, na primeira década seguinte à entrada em vigor do Código Civil alemão, o advogado berlinense Hermann Staub publicou um estudo através do qual demonstrava que o BGB, ao regular como tipos de inadimplemento apenas a mora e de impossibilidade da prestação tinha deixado de cuidar de outras as hipóteses possíveis de incumprimento contratual. A esta terceira via do inadimplemento contratual, que, no Direito alemão, escapava às rígidas conceituações de mora e impossibilidade inscritas, respectivamente, nos §§ 286 e 280 do BGB, Staub deu o nome de *violação positiva do contrato*.

Nesse particular, observa Aline de Miranda Valverde Terra³⁴⁶ que a

noção de inadimplemento não poderia passar incólume pelas alterações sofridas pelo direito das obrigações. Se adimplemento e inadimplemento se conectam lógica e funcionalmente, afigura-se inevitável, diante das ponderações anteriores, reter a disciplina do inadimplemento à luz das novas perspectivas obrigacionais.

Pretende a civilista dizer que a ampliação das hipóteses de adimplemento também acarreta a ampliação das hipóteses de inadimplemento, pois o atual estágio do direito das obrigações releva em importância os deveres laterais ou acessórios, cuja inobservância também acarreta o incumprimento da obrigação, antes não considerada pelo Código Civil revogado. É o que se colhe da doutrina de Sérgio Savi³⁴⁷:

Ao se considerar os deveres laterais criados pela boa-fé objetiva como integrantes da relação obrigacional, amplia-se o próprio conceito de adimplemento, na medida em que este passará a abarcar todos os interesses envolvidos na relação, estendendo-se dos deveres de prestação aos deveres instrumentais. Ampliando-se o conceito de adimplemento, por consequência, amplia-se também conceito de inadimplemento,

³⁴⁵ BASTO, Antonio Carlos de Lemos. *Violação positiva do contrato*. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 356-357. Acrescenta Gustavo Luís da Cruz Haical que a “teoria da violação positiva do contrato permitiu que, mais tarde, outro jurista alemão, Heinrich Stoll, sustentasse haver, além dos deveres da prestação (*Leistungspflichten*), os de proteção (*Schutzpflichten*). Estes existiriam tanto na esfera jurídica do credor como na do devedor e necessitavam ser cumpridos, a fim de evitar a ocorrência de danos entre si ou de seus respectivos bens durante o desenvolvimento da relação jurídica obrigacional. Ou seja, esses deveres gerariam aos figurantes o dever de fazer ou não determinada conduta visando não causar lesão tanto à pessoa como aos bens e coisas do outro figurante. A base de sustentação ao surgimento desses deveres tem como causa a boa-fé”. O Inadimplemento pelo Descumprimento Exclusivo de Dever Lateral advindo da Boa-fé Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas Essenciais: contratos: formação e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 562. A nomenclatura “violação positiva do contrato”, porém, é criticada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Essas infrações receberam de STAUB a denominação de ‘violação positiva do contrato’. Seus trabalhos merecem uniforme aplauso, menos quanto à escolha da denominação, porquanto nem sempre o descumprimento resulta de comportamento positivo, decorrendo, muitas vezes, de omissão no cumprimento de dever anexo”. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 125.

³⁴⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento Anterior ao Termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 96.

³⁴⁷ SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 459-460.

na medida em que poderá ser ocasionado não só pela quebra dos deveres de prestação, mas também pela violação dos deveres instrumentais impostos pelo princípio da boa fé objetiva.

O modelo dicotômico de incumprimento – inadimplemento absoluto ou relativo – deve, pois, ser ampliado, incluindo-se nesse rol uma terceira via, a já referida violação positiva do contrato³⁴⁸. Vale ressaltar que o assunto tem recebido pouca atenção da doutrina³⁴⁹ e não constitui unanimidade entre os juristas, justamente por se entender que a violação dos deveres em anexo ou acessórios já estaria disciplinado pelo instituto da mora ou do inadimplemento absoluto³⁵⁰.

Mas não é só isso. Ao lado desse entendimento, defende Luiz Edson Fachin³⁵¹ a possibilidade de haver incumprimento quando as partes deixarem de observar o que dispõe o art. 421 do Código Civil, porquanto comprometida a liberdade de contratar³⁵². Eis suas palavras:

a função social do contrato é contemplada expressamente pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 421, nos seguintes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Sendo a razão (causa final) no limite, a ausência de limite de tal razão pode levar à inexecução. O descumprimento da função social, nesse modo de ver, pode então corresponder ao inadimplemento ou inexecução do contrato, e caracterizando-se aí a responsabilidade sem culpa.

³⁴⁸ “A responsabilidade contratual pressupõe, ainda, o inadimplemento de uma obrigação, que pode se dar de três formas principais, quais sejam, o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 691.

³⁴⁹ “No direito brasileiro ainda se dedica pouca atenção ao tema. De toda sorte, os autores que se ocupam da questão aplicam a teoria com temperamentos, e lhe conferem maior ou menor abrangência conforme a interpretação do conceito de mora seja mais ou menos restritiva”. TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento Anterior ao Termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110.

³⁵⁰ Por todos, a já referida Aline de Miranda Valverde Terra: “O equívoco da doutrina tradicional reside em continuar vislumbrando na mora e no inadimplemento absoluto apenas a violação da prestação principal – e não a violação da *prestação devida*, cujo conteúdo não se restringe àquela prestação –, bem como em não conferir ao conceito de mora a abrangência atribuída pelo próprio legislador. Note-se bem. Não se nega a importância ‘da descoberta da quebra positiva do contrato’, já que ‘por meio dela, começa a grande transformação da relação obrigacional, admitindo-se a existência de deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, ao lado da obrigação principal’. O que se questiona é sua aplicação ao direito brasileiro, em razão de uma pretensa incapacidade de a disciplina do inadimplemento absoluto e da mora abarcar as hipóteses de descumprimento dos deveres de conduta, sobretudo, diante da atual dogmática obrigacional”. *Ibidem*, p. 118-119.

³⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 125.

³⁵² No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “Com supedâneo no princípio da boa-fé objetiva, surge a necessidade mútua de proteção, informação e colaboração, antes, durante e depois da contratação, a fim de que o adimplemento, como objetivo da relação obrigacional possa ser alcançado, preservando-se o ideal de cooperação entre os parceiros, ambos sujeitos de direitos fundamentais. O adimplemento representa então a efetividade da autonomia privada à luz do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF), de forma a garantir que a relação obrigacional preserve a igualdade material de seus partícipes e, conseqüentemente, a sua liberdade (art. 421 do CC)”. **Direito das Obrigações**. 4. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 442.

De um modo amplíssimo, seria possível mencionar, então, quatro formas envoltas ao incumprimento obrigacional: mora, inadimplemento absoluto, violação positiva do contrato e inobservância de sua função social.

Não obstante esse entendimento, tratar-se-á neste item, como já se afirmou, apenas do inadimplemento absoluto e relativo, relegando-se ao tópico subsequente alguma menção quanto à violação positiva do contrato. Nesse momento, serão abordados, mais especificamente, temas alusivos à inobservância dos deveres obrigacionais acessórios ou laterais.

Pois bem. Sucintamente, pode-se dizer que o inadimplemento, quanto ao seu efeito, pode ser absoluto ou relativo.

O inadimplemento relativo, mais conhecido como mora, ocorre quando há atraso no cumprimento da obrigação, mas ainda persiste interesse, para o credor, em receber a prestação devida. Assim, “a obrigação, apesar de não ter sido cumprida na forma, lugar e tempo devidos, ainda poderá ser cumprida de forma útil para o credor”³⁵³.

No inadimplemento absoluto, por sua vez, não mais persiste interesse, por parte do credor, em receber a prestação devida, tendo esta se tornado impossível ou imprestável aos fins colimados. Não se nota, em sede doutrinária, pensamentos contrários ao aqui exposto, bastando que se transcreva, por todos, a nota explicativa de James Eduardo de Oliveira³⁵⁴:

Enquanto a obrigação pode ser realizada e continua proveitosa para o credor, está-se diante da mora ou inadimplemento relativo; a partir do instante em que a execução da obrigação torna-se inviável ou inútil para o credor, está-se diante do inadimplemento absoluto. Essa é a noção que avulta do parágrafo único do art. 395 da Lei Civil: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

Esta diferenciação, apesar de ser explicação corrente no meio jurídico, foi há muito apontada por Agostinho Alvim³⁵⁵ em seu clássico **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**, cujo trecho merece ser reproduzido:

³⁵³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 708.

³⁵⁴ OLIVEIRA, James Eduardo de. Inadimplemento Relativo e Inadimplemento Absoluto. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro**: aspectos polêmicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

³⁵⁵ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 7.

O inadimplemento, por parte do devedor, pode ser absoluto, ou, traduzir-se em simples mora: inadimplemento absoluto e inadimplemento-mora, subdividindo-se o primeiro dêles [sic] em inadimplemento absoluto total ou parcial.

Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor.

Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber.

Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, em todo caso, a possibilidade de cumprimento.

A título de esclarecimento, tem-se o inadimplemento absoluto quando todo o objeto da prestação é permanentemente atingido, acarretando inviabilidade na execução da prestação. Pense-se, por exemplo, em um conjunto musical contratado para se apresentar em uma festa de formatura em determinado dia, mas que, por equívoco, comparece ao evento em data posterior ao contratado ou um florista que, de forma inadvertida, esquece-se de decorar a igreja no dia do casamento ou ainda um médico que se esquece da cirurgia, levando o paciente a óbito. Entretanto,

nem sempre acontece [sic] toda a prestação se tornar irrecuperável. É possível que ela se cinda em vários objetos, e apenas alguns se percam irreversivelmente. Por exemplo: a sociedade “X” se obrigou a entregar ao banco “Y” doze centrais telefônicas e cento e vinte aparelhos, deixando, todavia, de fabricar os últimos por imprevisão das dificuldades técnicas ou pelo fracasso da tecnologia empregada. Há, sem dúvida, inadimplemento *absoluto*, porque as peças faltantes jamais serão entregues; e, todavia, *parcial*, pois *em parte* o obrigado adimpliu o contrato³⁵⁶.

Neste contexto, isto é, de inadimplemento absoluto parcial, esclarece Mário Júlio de Almeida Costa³⁵⁷ que “poderá o credor escolher entre a resolução do negócio e o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida”. No entanto, adverte o autor, “o credor não pode resolver o negócio, se o incumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver «escassa importância»”, alinhando seu pensamento à doutrina italiana, tal como visto no item 1.3.

Em resumo, pode-se afirmar que na mora (inadimplemento relativo) a prestação não foi cumprida na forma, lugar e tempo devidos, mas poderá sê-lo, desde que se revele útil ao credor. No inadimplemento absoluto, por sua vez, a obrigação não foi cumprida tampouco poderá vir a sê-lo, não mais subsistindo interesse, por parte do credor, em receber a prestação, haja vista ter-se tornado imprestável aos fins desejados.

³⁵⁶ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 103.

³⁵⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1047.

Sob essa ótica, o inadimplemento absoluto pressupõe impossibilidade, tomando por base, repita-se, o interesse do credor³⁵⁸.

A questão em torno do interesse do credor ganha relevo não apenas porque “define a função da obrigação”³⁵⁹, mas também porque o melhor critério para distinguir mora de inadimplemento absoluto é, segundo entende Agostinho Alvim³⁶⁰, o de ordem econômica, representada pela possibilidade, ou não, de o credor receber a prestação que lhe interessa³⁶¹.

Esse posicionamento se coaduna com a ideia há muito defendida por Emílio Betti³⁶² no sentido de apontar a preponderância do interesse do credor ante o devedor nas relações obrigacionais, não obstante o dever de cooperação que deve permear a relação entre ambos, como alertam os doutrinadores franceses e italianos.

Afirma-se, pois, que o Código Civil Brasileiro também se inclina pelo interesse do credor, conforme se vê da redação do parágrafo único de seu art. 395: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes³⁶³ tratam do assunto de forma pontual: “Caso a prestação tenha, em virtude da mora, se tornado inútil para o credor, a hipótese passará a ser de inadimplemento absoluto e não mais de simples mora”. Na sequência, rematam os civilistas:

Nestes casos, abre-se uma alternativa para o credor que poderá ou aceitar a prestação acrescida da reparação dos prejuízos que a mora acarretou, ou, provando que a prestação se tornou inútil por causa da mora, rejeitá-la e reclamar perdas e danos (Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, p. 247). Esta alternativa é o segundo efeito da mora do devedor. Exemplo clássico de inutilidade da prestação é o da contratação de uma costureira para a confecção de um vestido de noiva. Caso aquela descumpra o prazo

³⁵⁸ “Acompanhando a doutrina dominante, nós entendemos que o critério para a distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao *devedor* e sim, ao *credor*: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente”. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 41.

³⁵⁹ NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 572.

³⁶⁰ ALVIM, op. cit., p. 39.

³⁶¹ “O critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica; na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa”. ALVIM, op. cit., p. 45.

³⁶² “Por isso, quando se diz que a relação obrigacional se funda na correlação de crédito e débito, de garantia e de responsabilidade, com isso não se exclui que, na relação, se deva considerar também o momento funcional. A relação não é um fim em si própria, é instrumento para um fim de convivência, e esse fim é a tutela e a satisfação de um interesse do credor na cooperação do devedor”. BETTI, Emílio. **Teoria Geral das Obrigações**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006, p. 33.

³⁶³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 712.

estabelecido e entregue o vestido após a data do casamento, por óbvio a prestação terá se tornado inútil para o credor³⁶⁴.

Destarte, deve ser verificado, em cada caso, se a obrigação inadimplida ainda se revela interessante e útil para o credor, para só então afirmar se o caso versa sobre inadimplemento relativo ou absoluto, persistindo o mesmo critério na jurisprudência pátria, a exemplo do que se vê do julgado abaixo reproduzido:

A resolução como modo extintivo de obrigações contratuais tem como cerne o artigo 475 do Código Civil. Cabe à parte lesada julgar se o inadimplemento gerou a inutilidade da pretensão ou se, não obstante o cumprimento, ela ainda lhe é interessante. Se o devedor, negligencia o cumprimento da prestação no tempo, local ou modo convencionado, mas ainda for a mesma objetividade viável segundo os interesses do credor, a hipótese não será de inadimplemento absoluto, mas de mora (arts. 394 a 401, CC), o que justifica a insistência na obrigação primitiva, passível de execução em espécie. Contudo, se em decorrência do descumprimento afere-se a extinção objetiva do interesse do credor na prestação, prevalecerá o inadimplemento absoluto, oportunizando-se ao credor a demanda resolutória (art. 395, parágrafo único, CC) ou a manutenção do contrato, adimplindo a sua prestação e exigindo do devedor o substitutivo patrimonial da prestação que se inutilizou³⁶⁵.

Portanto, tomando-se como ponto de partida o interesse-utilidade do credor em receber, ou não, a prestação ainda devida, tem-se como certo o entendimento segundo o qual a mora “converte-se em inadimplemento absoluto no momento da objetiva inviabilidade da prestação para o credor (art. 395, Código Civil)”³⁶⁶. Isso pode ser chamado de caráter transformista da mora, segundo ensina Sérgio Savi³⁶⁷:

³⁶⁴ “O primeiro e principal efeito da mora do devedor é torná-lo responsável pelos prejuízos que o credor vier a sofrer em virtude de seu retardamento culposo (v. comentário ao art. 389). A indenização moratória não é substitutiva da prestação devida. Caso esta ainda seja útil para o credor ele poderá exigir a indenização moratória cumulada com a execução direta da prestação (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, pp. 310-311). Portanto, o simples fato do credor receber uma prestação realizada de modo irregular, não o impede de reclamar os danos sofridos em virtude da mora do devedor (CC, art. 395 c/c o art. 389)”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 712.

³⁶⁵ Brasil. Processo nº 2009.022962-1, 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatora Des. Rosane Portella Wolff, julgado em 27.08.2015.

³⁶⁶ Brasil. Processo nº 1.0529.08.022686-1/001, 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator Des. Carlos Levenhagen, julgado em 25.09.2008.

³⁶⁷ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 467. No mesmo sentido, Araken de Assis: “Existe *inadimplemento relativo* ‘se a obrigação não foi cumprida no termo, lugar e forma devidos, porém poderá sê-lo, com proveito para o credor, hipótese em que se terá a mora’. Em outros termos, a *viabilidade do cumprimento*, porque útil ao credor a prestação tardia, completada de perdas e danos, constitui um *pressuposto da mora*; ‘perdido o interesse, ou desaparecida a possibilidade, quando a prestação se torna irrealizável, surge a figura do não-cumprimento definitivo da obrigação’, conclui-se em seguida. É o que se pode chamar de caráter *transformista* da mora”. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 123.

Questão interessante a se sublinhar é a do ‘caráter transformista’ da mora. Há situações em que, apesar de a prestação estar em atraso por motivo imputável ao devedor e de ainda ser possível o seu cumprimento tardio, a mesma converte-se em inadimplemento absoluto (definitivo) em razão da falta de interesse do credor em receber a prestação tardiamente (CC, art. 395, parágrafo único).

E, a partir do inadimplemento absoluto, reconduz-se as partes contratantes ao estado vigente antes da celebração do negócio, conforme se constata, mais recentemente, do seguinte julgado:

RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE LOTES URBANOS COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO. PROCEDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. Bem instruído o feito com documentos elucidativos dos fatos, desnecessária torna-se a prova oral requerida. [...]

A resolução operada pelo descumprimento voluntário, isto é, por culpa do devedor, é a forma mais comum de desconstituição de um contrato, uma vez que, quando o credor não recebe a prestação que lhe é devida, assiste-lhe o direito de invocar o instituto previsto no art. 475 do Código Civil.

Comprovada a relação material, demonstrado o inadimplemento absoluto e não purgada a mora pelo comprador-devedor, procede o intento de resolução do ajuste de compra e venda de bem imóvel por parte do alienante.

STATUS QUO ANTE.

A rescisão do contrato por inadimplemento absoluto do adquirente implica na recondução das partes ao estado que vigia antes da avença. Decorrencia disto é que se faz devido o ressarcimento integral dos danos eventualmente suportados pela alienante, assim como a devolução das parcelas pagas pela adquirente, solução esta que encontra abrigo no princípio da boa-fé e, sobretudo, no do justo equilíbrio contratual³⁶⁸.

Pois bem. Feitas essas considerações, resta saber se o contratante inocente (fiel) pode, por conta da cláusula resolutiva expressa no contrato, encetar esforços no sentido de resolver o negócio ante o incumprimento absoluto ou relativo perpetrado pelo outro contratante, reputado infiel.

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior³⁶⁹, requisito da resolução é “o incumprimento definitivo, e um dos temas mais árdios é estabelecer quando a falta de uma prestação ainda possível assume essa condição, por perda de interesse do credor”.

Esse posicionamento se justifica à medida em que o parâmetro adotado, como já afirmado, é a existência de interesse, ou não, por parte do credor da relação concreta em manter incólume o vínculo obrigacional. Entretanto, para que a resolução não fique sujeita

³⁶⁸ Brasil. Processo nº 2014.067756-7, 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relator Des. Gilberto Gomes de Oliveira, julgado em 10.09.2015.

³⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 95.

ao bel prazer do credor, competirá a este provar a inutilidade da prestação³⁷⁰, “a menos que se tenha convencionado expressamente um termo certo ou este venha inequivocamente das circunstâncias do negócio”³⁷¹, entendimento este que reforça a necessidade de a cláusula resolutiva expressa detalhar as hipóteses em que o contrato poderá ser resolvido.

De qualquer forma, destaca-se neste contexto o Enunciado nº 162, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, cuja redação é a seguinte: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

Assim, se houver retardo no cumprimento obrigacional quanto ao tempo, lugar e forma de se cumprir a obrigação, mas se ainda persistir interesse, para o credor, em receber a prestação contratada, estar-se-á diante da mora (inadimplemento relativo), situação que não enseja a resolução do contrato.

É o caso, por exemplo, de quem não paga determinada quantia no dia do vencimento da dívida, da banda que atrasa alguns minutos para começar sua apresentação em noite de formatura ou até mesmo de uma construtora que entrega as unidades adquiridas por seus clientes superado o termo avençado no contrato³⁷². Apesar do atraso, ainda persiste, para o credor, o interesse em receber a prestação contratada.

Todavia, se não mais houver interesse, para o credor da relação obrigacional concreta, em receber a prestação convencionada no negócio jurídico e tendo este previsto cláusula expressa autorizando a resolução do contrato, crê-se não haver qualquer empecilho para que tal situação ocorra de pleno direito, porquanto não mais interessa ao credor dessa relação permanecer ligado ao vínculo obrigacional se o outro contratante, reputado faltoso,

³⁷⁰ “Se o credor alegar que a prestação se tornou inútil em virtude da mora do devedor deverá provar este fato para rejeitá-la. Caberá, portanto, ao credor o ônus de provar que a prestação se tornou inútil por causa da mora do devedor e não a este de demonstrar que a prestação continua sendo útil, pois a utilidade da prestação se presume”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 713.

³⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 409.

³⁷² No caso específico de construtoras, há julgado noticiando inexistir “abusividade na estipulação de prazo de tolerância para entrega do imóvel, haja vista que pequenos atrasos são comuns na construção civil” (Apelação Cível nº 1.0024.11.331885-1/001, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator Des. José Marcos Vieira, julgado em 13.04.2016). Do mesmo tribunal, colhe-se também que a “entrega do imóvel além do prazo de tolerância previsto no contrato, por culpa exclusiva da construtora, acarreta o seu dever de indenizar o comprador. Cabe à construtora restituir à parte autora os danos materiais suportados em decorrência do atraso na obra, cuja existência foi devidamente comprovada nos autos, podendo o valor ser apurado em liquidação. A frustração da parte autora, decorrente do não recebimento do imóvel adquirido com grande esforço, gera dano moral passível de indenização. Se o valor da indenização por danos morais foi arbitrado em montante razoável pelo magistrado singular, deve ser mantida a sentença”. Apelação Cível nº 1.0145.14.052613-1/001, 16ª Câmara Cível do TJMG, relator Des. Wagner Wilson, julgado em 13.04.2016.

não cumpriu satisfatoriamente sua parte na avença, levando o credor a desistir da contratação.

É o caso, por exemplo, daquele que não entrega grãos de trigo para serem embarcados em navio que parte em dia e destino previamente determinados. Após a partida do navio, de nada adiantará entregar a mercadoria, tornando-se inútil aos fins previstos o cumprimento da prestação.

Nessas situações, estar-se-á diante do inadimplemento absoluto, ocasião em que o credor poderá resolver o contrato e obrigar o devedor a devolver valores eventualmente pagos, sem prejuízo do faltoso arcar com perdas e danos, mercê do que autoriza o parágrafo único do art. 395 do Código Civil.

E, como já acenado, discute-se hoje em dia se, além do critério dicotômico (mora e inadimplemento absoluto), deve-se também aceitar o incumprimento pelas mãos da violação positiva do contrato, cuja análise perpassa pelo estudo da boa-fé objetiva, a ser estudada no item 2.3.

Por fim, a questão em torno da gestão de riscos assumidos nos contratos. Em recente estudo³⁷³, defendem Aline de Miranda Valverde Terra e Paula Greco Bandeira a possibilidade de a cláusula resolutiva expressa ser utilizada como um verdadeiro instrumento de gestão de risco nos contratos.

Por outras palavras, admitem as civilistas que as partes alarguem a álea normal de um contrato, “incluindo na gestão do risco eventos previsíveis que ordinariamente não sejam associados à determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários)”³⁷⁴.

Ao distribuírem os riscos econômicos a partir de cláusulas contratuais, precederiam as partes contratantes à gestão positiva dos riscos. Seria o caso, por exemplo, de um dos contratantes assumir a obrigação de entregar determinado empreendimento em data previamente ajustada, a despeito das fortes (e previsíveis) chuvas de janeiro. Em resumo, por ser fruto da autonomia privada dos contratantes, que ajustam, livre, prévia e conscientemente, sua inclusão no contrato, a cláusula resolutiva expressa

permite ao credor, uma vez verificado o evento nela previsto, desvincular-se de relação jurídica estéril, 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 sombra de dúvidas, uma das extraordinárias vantagens da

³⁷³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord). **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 383-401.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 387.

cláusula 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.

Mas não é tudo. A cláusula resolutiva expressa consente ao contratante não inadimplente, ainda, transferir ao devedor o risco de sua insatisfação³⁷⁵.

A partir desta perspectiva, admite-se que a cláusula resolutiva não se refira apenas às hipóteses de inadimplemento absoluto, mas também que dê suporte fático a situações outras, desde que muito bem delineadas no contrato pelos contratantes e que “sua verificação conduza à disfuncionalização da relação obrigacional”³⁷⁶.

Para melhor compreender a questão, menciona-se como exemplo o caso fortuito e a força maior. Ordinariamente, ambos os institutos conduzem, por si só, à resolução do negócio, sem responsabilidades para o devedor.

Entretanto, havendo o deslocamento do risco, em homenagem à autonomia privada, é possível que as partes estabeleçam que, diante do incumprimento obrigacional, ainda que causado por circunstâncias alheias à vontade, seja o devedor reputado faltoso e, como tal, arque com as consequências daí decorrentes, resolvendo-se o contrato por conta da cláusula resolutiva expressa existente no negócio. Essa situação, por ser excepcional, deve ser expressa, encontrando respaldo legal no art. 393, *caput*, do Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Destarte, havendo cláusula resolutiva expressa no contrato, entende-se que o evento inevitável passa a ser regulado pelo risco que cada contratante assume no negócio jurídico celebrado, autorizando o contratante fiel (credor) a exercer seu direito formativo no sentido de resolver o contrato, competindo ao contratante infiel (devedor) suportar as consequências daí decorrentes. De todo modo,

o que releva para esta exposição 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:

³⁷⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord). **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 388.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 388.

apenas mediante sua aposição no contrato, a relação obrigacional poderá ser resolvida extrajudicialmente, não de forma automática, mas mediante declaração do credor. 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 contrato³⁷⁷.

Por essa razão, inclusive, afirma-se que o teor da cláusula deve ser prévia e expressamente transcrito no contrato, não havendo dúvidas quanto à sua extensão e conteúdo. Assim procedendo, estar-se-á dando guarida à boa-fé contratual, tema a ser enfrentado.

2.3 A boa-fé e a cláusula resolutiva

Como visto no tópico anterior, a violação positiva do contrato encontra-se intimamente ligada à inobservância dos deveres acessórios ou laterais decorrentes da boa-fé objetiva. Esta se traduz, por sua vez, “no dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra parte”³⁷⁸, conforme padrões de conduta a serem observados na relação obrigacional, representada por uma conduta confiável e leal³⁷⁹.

Porém, para melhor compreender o tema, torna-se oportuno relembrar, antes mesmo de se abordar as funções decorrentes da boa-fé, a distinção doutrinária existente em torno da boa-fé subjetiva e objetiva. Isso porque a “influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar”³⁸⁰. Aliás, ressalta Carlos Alberto da Mota Pinto³⁸¹ que o princípio da boa-fé tem hoje “um âmbito muito vasto, *invadindo* todas as áreas do direito”, notadamente o campo do direito das obrigações e dos contratos. Quanto às obrigações, passa a boa-fé a ser considerada verdadeira fonte, pois existem condutas geradoras de vínculo alheias às emissões de declaração de vontade.

³⁷⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord). **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 391-392.

³⁷⁸ MOTA, Maurício Jorge. A Pós-Eficácia das Obrigações. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 195.

³⁷⁹ Afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva que a boa-fé “diz respeito à obrigatoriedade, no tráfico obrigacional, da conduta conforme os padrões de confiança e lealdade. Para descobri-la no caso concreto, objetiva-se situação, livrando-a dos aspectos subjetivos (mas não dos padrões culturais incidentes no tempo e lugar) e pergunta-se: qual seria a conduta confiável e leal?”. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 137.

³⁸⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 32.

³⁸¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 124.

O assunto é tratado por Judith Martins-Costa³⁸² nos seguintes termos:

a doutrina mais inovadora sustenta que a lei, o princípio da boa-fé, ou mesmo o costume, determinam *de modo autônomo* os efeitos do comportamento, sem vinculá-los à vontade das partes. Nestes atos, a pesquisa do elemento volitivo é, portanto, despicienda, uma vez que, “na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfego jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato”, o que equivale a dizer que “a utilização de bens e serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as conseqüências [sic] jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas dela se distinguem”. A desqualificação do elemento volitivo explica a razão pela qual estes atos, mesmo se praticados por incapazes – como é o caso do menor que toma um transporte coletivo, ingressa num cinema mediante a aquisição do respectivo *ticket*, adquire bens comestíveis numa lancheria etc. – não são “contratos nulos” de transporte e de prestação de serviços. Afirma-se, por isso, que a natureza jurídica dos atos existenciais se qualifica como ato-fato, e não negócio, gerando, contudo, efeitos negociais típicos.

O posicionamento acima adotado reflete diretamente no conceito de relação obrigacional, hoje suscetível às vicissitudes, aos casos e aos problemas sociais a si inerentes. Isso equivale a dizer que

A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*³⁸³.

Daí a importância de se diferenciar a boa-fé subjetiva da objetiva, esta considerada, repita-se, verdadeira fonte de obrigações por permear as infinitas situações nas quais se insere a vida em sociedade. Por conta disso, pode-se dizer, basicamente, que a boa-fé subjetiva condiz com a boa crença, isto é, o aspecto psicológico da parte, seu estado de espírito, pois a pessoa acredita estar agindo de forma correta, em seu íntimo, não conhecendo eventuais máculas ou vícios³⁸⁴.

Ao tratar do assunto, explica-a José Roberto de Castro Neves³⁸⁵ da seguinte

³⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 399-400.

³⁸³ Ibidem, p. 394.

³⁸⁴ Para Carlos Alberto da Mota Pinto, a boa-fé reporta-se a um estado subjetivo quando “tem em vista a situação de quem *julga actuar em conformidade com o direito*, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior. Neste sentido, tradicional, a lei recorre à boa fé em inúmeras situações. Assim, p. ex., no artigo 243º, nº 2, ao dizer que «a boa fé consiste na *ignorância* da simulação»”. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 125.

³⁸⁵ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 33.

forma: “Na usucapião, por exemplo, importa saber se o possuidor da coisa tem o *animus* de dono – ou seja, se ele se sente como dono –, pois apenas diante desse ‘estado de espírito’ – essa boa-fé subjetiva – o possuidor poderá adquirir a propriedade do bem”. Em contrapartida, na boa-fé objetiva, prossegue o autor,

esse aspecto interno é irrelevante. Por isso diz-se que a boa-fé é objetiva, ao contrário da outra, subjetiva.

Para verificar a boa-fé objetiva cumpre aferir, pela análise do comportamento das partes (ou seja, aspectos objetivos), se houve uma conduta correta, na qual se adotou os cuidados normais. Não se questiona, para os fins dessa análise, a boa-fé subjetiva, ou seja, os aspectos psicológicos, as intenções do devedor, o que ele desejava intimamente ou o que passava em sua cabeça³⁸⁶.

No âmbito das obrigações e dos contratos, o princípio da boa-fé em sentido objetivo “constitui uma *regra de conduta* segundo a qual os contratantes devem agir de modo *honesto, correto e leal, não só impedindo* assim comportamentos desleais como *impondo* deveres de *colaboração* entre eles”³⁸⁷. No mesmo sentido, a reflexão de Judith Martins-Costa³⁸⁸:

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias [sic] e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.

Portanto, pode-se dizer que a boa-fé objetiva qualifica “uma norma de comportamento leal”³⁸⁹, devendo sempre acompanhar a relação obrigacional, desde o seu nascimento até a fase dita pós-contratual.

Em contrapartida, relega-se à boa-fé subjetiva o fato de o declarante acreditar estar imbuído pelo espírito e pelo pensamento de que seus atos são orientados e em conformidade à lei ou direito alheio, inexistindo intenção de lesar.

³⁸⁶ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 33.

³⁸⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 125.

³⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 412.

De forma mais técnica, reproduz-se lição de Paulo Nalin³⁹⁰:

Portanto, tem-se por subjetiva a boa-fé, crença, estado de ignorância, intenção e estado psicológico do declarante de vontade diante de um certo estado de coisas ou interesses jurídicos. O declarante age de modo a acreditar e intuir que os seus atos são orientados pela lei ou em respeito ao direito alheio. Por objetiva, de outro lado, toma-se a boa-fé numa ótica exterior ao declarante, na qual pouco importam as boas ou más intenções, sobressaindo-se os atos e manifestações, em conformidade com padrões ético-jurídicos vigentes, correspondentes à lealdade, ao comportamento das pessoas honestas, em oposição ao dolo e à fraude e em respeito aos interesses legítimos e às expectativas razoáveis dos parceiros contratuais.

Aliás, a busca por um direito mais ético é bastante sensível no direito das obrigações, principalmente porque se espera das partes contratantes um agir com lealdade e honestidade, cabendo ao Estado, de sua parte, corrigir eventuais injustiças e desequilíbrios. Talvez por isso tenha Karl Larenz³⁹¹ há muito afirmado que

O princípio da boa-fé desenvolve sua força em três direções: em primeiro lugar, dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente – em especial conforme o sentido e a ideia fundamental do contrato – e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar, dirige-se ao credor, com o mandado de exercer o direito que lhe corresponde, atuando segundo a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que essa outra parte possa pretender segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com o mandado de se conduzirem conforme corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta especial vinculação e a uma consciência honrada.

Das transcrições supra, verifica-se que a boa-fé, além de se dirigir a todos aqueles que participam de uma relação jurídica obrigacional, impõe aos contratantes um comportamento ético, reto, honesto, probo e leal, levando Georges Flécheux³⁹² a afirmar que essa “*obligation de loyauté ou de bonne foi était conçue comme imposant aux parties à la négociation d’assurer une parfaite transparence de telle sorte que chaque partie puisse comprendre exactement ce qui était dû par l’un ou par l’autre*”.

A partir desse pensamento, passa o direito francês a definir, já no século

³⁹⁰ NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 123.

³⁹¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I, p. 148.

³⁹² FLÉCHEUX, Georges. *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*. In: GOUBEAUX, Gilles; GUYON, Yves; JAMIN, Christophe; LAGARDE, Paul; VINEY, Geneviève; WALINE, Jean (Org.). *Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXI^e siècle*. Paris: LGDJ, 2001, p. 341. Em livre tradução: “obrigação de lealdade ou de boa-fé foi concebida como impondo às partes na negociação o dever de garantir uma perfeita transparência de tal sorte que cada parte pudesse compreender exatamente o que era devido por um ou por outro”.

XVII, a obrigação de lealdade como uma verdadeira característica geral da relação contratual, fazendo com que o já referido Georges Flécheux³⁹³ afirmasse que “podemos hoje em dia escrever que as partes contratantes se devem, na negociação, a mais perfeita lealdade”.

Acrescente-se a isso o imprescindível dever de proteção, impedindo que uma das partes cause à outra qualquer espécie de dano³⁹⁴, encontrando o pensamento alinhado aos anseios da sociedade, às diretrizes fixadas pelo texto constitucional e aos princípios fundamentais e concretos delineados pelo Código Civil³⁹⁵ e pelo próprio Direito Civil³⁹⁶. Em suma,

a boa-fé impõe que os sujeitos de uma relação obrigacional assumam uma postura condizente com um padrão de comportamento socialmente aceito, que perdure desde a fase de pontuação (negociações preliminares ou fase pré-contratual) até a fase pós-contratual ou de responsabilidade pós-contratual³⁹⁷.

E, apesar do princípio da boa-fé estar presente em vários dispositivos do Código Civil³⁹⁸, ganha relevo o art. 422, cuja redação é a seguinte: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A regra jurídica, apesar de sintetizar o princípio da boa-fé, não foi isenta de

³⁹³ FLÉCHEUX, Georges. *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*. In: GOUBEAUX, Gilles; GUYON, Yves; JAMIN, Christophe; LAGARDE, Paul; VINEY, Geneviève; WALINE, Jean (Org.). *Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXI^e siècle*. Paris: LGDJ, 2001, p. 341.

³⁹⁴ Refere-se Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, também, ao dever bilateral de proteção: “Há, no contrato, o dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause à outra algum dano, em razão da sua atividade. Existem, assim, deveres do credor, que não são deveres para consigo mesmo, mas sim deveres jurídicos. Muitos deles consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante”. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 40.

³⁹⁵ Ao tratar dos três princípios fundamentais do Código Civil de 2002 – eticidade, socialidade e operabilidade – afirma Miguel Reale não ser possível “deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da *técnica jurídica*, que com aqueles deve se compatibilizar”. *Visão Geral do Novo Código Civil*. In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: princípios e aspectos gerais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 1170.

³⁹⁶ “Em que pese a manutenção da boa-fé subjetiva no contexto da vigente codificação civil, indiscutivelmente, é a boa-fé objetiva que ganha espaço e materialização no texto e no contexto da codificação, passando de princípio geral abstrato a princípio geral concreto do direito civil, em especial, por referência aos arts. 113 e 422 do Código Civil, os quais, em grandes linhas, materializam o princípio sob o ponto de vista da ética negocial”. NALIN, Paulo. *Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 123-124.

³⁹⁷ LEAL, Adisson. *Violação Positiva dos Contratos*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro: aspectos polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

³⁹⁸ Ainda que não estivesse presente em vários dispositivos legais, há muito observou Clóvis Veríssimo do Couto e Silva que “a boa-fé, como proposição fundamental de direito, tem vigência e aplicação, independentemente de haver sido recebida como artigo expresso de lei”. *Op. cit.*, p. 37.

críticas por parte da doutrina. Antônio Junqueira de Azevedo³⁹⁹ chega a afirmar que o artigo seria insuficiente por não enfrentar algumas questões pontuais, a exemplo da teoria da *substantial performance*.

De qualquer sorte, predomina na doutrina o entendimento segundo o qual à boa-fé objetiva devem ser atribuídas três funções: a função interpretativa, a função que limita o abuso de direito e a função que cria os deveres em anexo ou acessórios (laterais), acrescentando Paulo Nalin⁴⁰⁰, provavelmente sob a influência de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva⁴⁰¹, a função integrativa do contrato, aí incluída a possibilidade de as partes corrigirem sua base econômica, evitando rupturas díspares entre prestações e contraprestações. Essa função integrativa seria acionada ante a ausência de dispositivo não previsto pelas partes no contrato, suscetível de causar alguma dificuldade quando de sua execução. Em termos mais técnicos,

A atuação integrativa ocorre nos espaços deixados pelos contratantes que, por imprevisão, falta de cautela ou simples mutação das circunstâncias atuais que tangenciam a relação contratual, sejam elas econômicas ou não, se encontram em descompasso de entendimento sobre os efeitos da relação contratual.

A integração contratual, dessa maneira, sugere uma intervenção mais acentuada do juiz no contexto das obrigações, pois será ele a atuar de modo a preencher o espaço deixado pelas partes⁴⁰².

A função integrativa atuaria, portanto, como um cânone hermenêutico e interpretativo, visando salvaguardar o negócio pactuado pelas partes ante comportamentos contratuais não previstos, muito embora reconheça o próprio Clóvis Veríssimo do Couto e Silva⁴⁰³ a dificuldade de se determinar, “com firmeza, o que é resultado da aplicação do

³⁹⁹ Como afirmado, entende Antônio Junqueira de Azevedo que o art. 422 seria insuficiente pelas seguintes razões: a) não seria possível saber, àquela época, se a norma seria cogente ou dispositiva, isto é, de observância obrigatória ou se as partes poderiam adotar outros *standards*; b) referido artigo deveria dispor também sobre a fase pré-contratual, o que, a seu sentir, constituiria omissão; c) a fase pós-contratual não teria igualmente sido contemplada por esse artigo; d) o artigo não trataria, também, das hipóteses de *substantial performance*, ou seja, a hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações e somente deixa de executar uma pequena parte. Quanto a esta última deficiência, assevera o jurista que a cláusula resolutiva poderia ser empregada com má-fé. Insuficiências, deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000. v. 1, p. 3-7.

⁴⁰⁰ Paulo Nalin, de sua parte, refere-se a quatro funções decorrentes da boa-fé objetiva, veja-se: “De qualquer modo, pode-se recordar, ao menos, quatro funções para a boa-fé objetiva, sem prejuízo de tantas outras serem relacionadas: (i) função interpretativa; (ii.a) função integrativa e (ii.b) a correção da base econômica do contrato; (iii) função de limitação ao exercício de direitos subjetivos; (iv) função de criação de deveres aos contratantes”. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 124-125.

⁴⁰¹ “Não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 35.

⁴⁰² NALIN, op. cit., p. 126.

⁴⁰³ SILVA, op. cit., p. 36.

princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora”.

Um pensamento, porém, parece estar certo. Quanto aos reflexos da função integrativa na cláusula resolutiva, colhe-se do direito francês o entendimento segundo o qual o magistrado não poderia violar a vontade das partes caso aplicasse a cláusula para além das hipóteses previstas pelos contratantes no negócio celebrado. É a ideia defendida, inclusive, por Christophe Paulin⁴⁰⁴:

Il ne fait pas de doute que, lorsque la clause résolutoire sanctionne l'inexécution d'une obligation déterminée, le juge violerait la volonté des contractants en permettant son application en raison de l'inexécution d'une obligation différente de celle prévue. Il existe cependant de nombreux cas où les parties ne se sont pas exprimées avec précision et dans lesquels le juge pourrait trancher par interprétation de leur volonté. La Cour de cassation a toujours exclu cette possibilité, en affirmant que la clause reprime seulement la violation d'une obligation expresse du contrat. Elle interdit aux juges d'interpréter la volonté des contractants afin de déterminer les obligations dont l'inexécution entraîne la sanction de la clause.

Aparentemente, essa função integrativa não seria admitida no direito francês, porquanto não seria dado ao magistrado, repita-se, o direito de interpretar a vontade das partes ante a ausência de determinada situação por elas não prevista no contrato.

Parece razoável sustentar o mesmo ponto de vista em relação à cláusula resolutiva expressa no direito brasileiro, sob pena de desprestigiar a vontade das partes e criar situações que talvez não sejam desejadas pelas partes contratantes no que se refere à resolução do negócio. Esta, aliás, deve cingir-se apenas àquelas situações expressamente previstas pelas partes, não sendo dado ao magistrado o direito de sobrepor sua interpretação e/ou vontade em detrimento daquela prevista pelas partes no contrato, cuja situação resolutória fora expressa e minuciosamente prevista e acordada.

Não se pretende, com a afirmação, desconsiderar a cláusula geral da boa-fé, através da qual o magistrado detém o poder de “moldar a solução para o caso concreto”⁴⁰⁵. O que se defende é que, para casos de resolução, deve o magistrado observar, com equilíbrio, é

⁴⁰⁴ PAULIN, Christophe. *La Clause Résolutoire*. Paris: LGDJ, 1996, p. 28-29. Em livre tradução: “Não há dúvida de que, apesar de a cláusula resolutória disciplinar a inexecução de uma obrigação determinada, o juiz violaria a vontade dos contratantes ao permitir sua aplicação em razão da inexecução de uma obrigação diversa daquela prevista. No entanto, existem vários casos em que as partes não tenham se expressado com precisão e nos quais o juiz poderia decidir interpretando a vontade dos contratantes. A corte de cassação sempre excluiu essa possibilidade afirmando que a cláusula somente reprime a violação de uma obrigação expressa no contrato. A Corte proíbe os juízes de interpretar a vontade dos contratantes a fim de determinar as obrigações cuja inexecução implica a sanção da cláusula”.

⁴⁰⁵ SANTOS, Murilo Rezende dos. As Funções da Boa-fé Objetiva na Relação Obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais:** obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 365.

bem verdade, as situações que as partes efetivamente previram para casos de rompimento do vínculo, até mesmo para que se possa fomentar a necessária segurança jurídica no trânsito das relações sociais.

Aliada à função integrativa, a função interpretativa diz com o critério hermenêutico do negócio, “exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e honestidade em relação aos propósitos comuns, a busca do sentido mais consentâneo com os objetivos perseguidos pelo negócio”⁴⁰⁶.

Tanto em uma quanto em outra, aponta-se, de uma forma geral, o art. 113 do Código Civil como o texto norteador dessas funções, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”⁴⁰⁷.

Comparando o texto do atual Código Civil com o revogado, explica Miguel Reale⁴⁰⁸ a opção feita pelo legislador por normas genéricas ou cláusulas gerais, como é o caso da redação do referido art. 113, o que exigiria do operador do direito a adoção de uma nova postura⁴⁰⁹. Isso permitiria criar modelos jurídicos hermenêuticos voltados à atualização dos preceitos legais, até porque torna-se impossível prever todas as situações sociais a serem disciplinadas pelo ordenamento jurídico, resultando daí o caráter proteiforme atribuído à boa-fé objetiva⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 228.

⁴⁰⁷ Quanto à divisão da boa-fé em subjetiva ou objetiva, acrescenta Paulo Nalin que a “distinção conceitual é relevante para reafirmar a coexistência de ambas as vertentes da boa-fé no plano da codificação civil brasileira. Apesar de ser mais visível a aplicação da boa-fé subjetiva no contexto dos direitos reais, afigura-se ela igualmente incidente, no campo do direito negocial (contratual), uma vez que a nova regra geral da hermenêutica contratual – art. 113 do CC – não faz qualquer distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva, ao lançar mão do princípio, em função hermenêutica”. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 123.

⁴⁰⁸ “Daí a opção, muitas vezes, por *normas genéricas* ou *cláusulas gerais*, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”. Visão Geral do Novo Código Civil. In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: princípios e aspectos gerais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 1172.

⁴⁰⁹ A observação é feita por Rosalice Fidalgo Pinheiro: “Para esse operador do direito, apresentam-se novos instrumentos, como as cláusulas gerais, uma técnica esquecida pelo *Code de Napoléon*, e lembrada pelo BGB, porém não desenvolvida em sua potencialidade, inicialmente. Ela tem se apresentado como principal fator de ‘mobilidade’ e ‘abertura’ dos sistemas jurídicos. Sua aplicação exige uma nova postura do jurista, a qual encontra tradução em uma reviravolta do raciocínio ‘lógico-dedutivo’, orientado pela subsunção, para um raciocínio ‘teleológico’ e ‘finalístico’, sobre o qual deve se pautar a interpretação das normas”. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 419.

⁴¹⁰ Explica-a Judith Martins-Costa: “Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso [...]. Por estas características constitui a boa fé objetiva uma norma proteiforme, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle”. **A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412-413.

No mais, afirma-se que a “função hermenêutica da boa-fé vem sendo usada pela jurisprudência, tendo certamente se constituído em um instrumento que permite ao magistrado criar a solução do caso concreto, corrigindo eventuais desequilíbrios da relação obrigacional”⁴¹¹.

Essa afirmação vai ao encontro do que expõe Pietro Perlingieri⁴¹²: “Legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”, rematando o jurista italiano, adiante, que

as cláusulas gerais não têm um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários ou internacionais. A vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia. As cláusulas gerais, portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e especificação das múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo contemporaneamente como critério de controle da compatibilidade entre princípios e regras. Indagar se um comportamento é contrário à boa-fé ou à lealdade (art. 1175 Cód. Civ.), se é lesivo à ordem pública ou ao bom costume (art. 1343 Cód. Civ.) significa individualizar os princípios (e os correspondentes valores) em concurso e as ulteriores regras legislativas vigentes, em relação à hipótese a decidir; significa desenvolver aspectos implícitos na normativa (por exemplo, em tema de obrigações e contratos, a igualdade e a tendência à equivalência das prestações, a reciprocidade das trocas, a confiança, etc.) e sintetizá-los na elaboração da regra do caso concreto⁴¹³.

As condutas do operador do direito, portanto, devem ser conforme à boa-fé, subjetiva ou objetiva. A partir desse entendimento, pode-se afirmar que a decisão de um magistrado em descompasso com a boa-fé, por exemplo, seria uma decisão não apenas *contra legem*, mas também contra um próprio princípio.

Em resumo, a boa-fé empregada na função interpretativa, cuja finalidade é revelar o sentido e o alcance das intenções contratuais, deve ser rigorosamente avaliada pelo julgador quando de sua decisão⁴¹⁴, sob pena de nulidade.

⁴¹¹ SANTOS, Murilo Rezende dos. As Funções da Boa-fé Objetiva na Relação Obrigacional. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 367.

⁴¹² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 239-240.

⁴¹⁴ Com acerto, afirma Paulo Nalin que a “simples referência à violação da boa-fé, como fundamento de decisão judicial, a meu ver, se revela absolutamente discricionário, uma vez que a boa-fé se pauta por ser um juízo de arrematação, em virtude dos demais elementos de convencimento que ilustram o caso e que levam o julgador por concluir pela violação do princípio”. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 125.

Digno de nota, também, a observação feita por Judith Martins-Costa⁴¹⁵ em relação à aplicabilidade da interpretação-integração quando o caso concreto exige solução por meio da teoria da aparência. Eis as palavras da jurista gaúcha:

Em tema de interpretação e integração dos contratos, a boa fé objetiva também desempenha exponencial papel nos casos de aplicação da *teoria da aparência*. É importante sublinhar que, neste campo, atuam, conjuntamente, a boa fé subjetiva e a objetiva: a primeira concerne à valoração da conduta do lesado, porque agiu na crença (condição psicológica, interna, subjetivamente avaliável), a segunda à valoração do comportamento da parte que permitiu, por ação ou omissão, que a aparência errônea fosse criada.

Quanto à função que objetiva evitar o abuso de direito⁴¹⁶, elege a doutrina pátria o art. 187 do Código Civil como seu paradigma⁴¹⁷, cuja redação é a seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

Através dessa função, procura-se evitar a prática de ato que atente contra a boa-fé objetiva, isto é, reputa-se abusivo o ato praticado quando o direito é mal utilizado, afigurando-se ilegítimo o seu exercício.

Esse entendimento, acrescenta Flávio Tartuce⁴¹⁸, não se limita a questões afetas ao direito civil, mas alcança todos os ramos do direito:

Não se olvide que o abuso de direito constitui um instituto com ampla aplicação, tendente a repercussões em todos os ramos do Direito, até porque é possível fundamentar constitucionalmente a categoria. Nessa esteira, o Enunciado n. 414 da *V Jornada de Direito Civil* (2011), que preconiza com precisão: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 435.

⁴¹⁶ “A história registra que somente em 1912, com o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, a teoria do abuso do direito tornou-se amplamente conhecida. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrizavam. A decisão considerou abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário. Com efeito, foi no Direito das Coisas que primeiro se cogitou de impor limites ao exercício de direitos, além daqueles estabelecidos na própria lei, criando ‘entre o permitido e o proibido’, uma nova categoria de atos jurídicos”. CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 401-402.

⁴¹⁷ Esse dispositivo sofreu expressa influência do **art. 334** do Código Civil Português, cuja redação é a seguinte: “Abuso de Direito. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. Nesse sentido, confira-se TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). **Direito Civil-Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**: uma visão luso-brasileira. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 65.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 73.

solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito”.

Mais especificamente quanto ao direito civil-constitucional, cabe esclarecer que o abuso do direito transcende questões patrimoniais para, com muito maior razão, alcançar questões afetas à pessoa humana, ganhando relevo a função a ser exercida pela boa-fé. Portanto, pode-se afirmar que todo e qualquer ato jurídico que não respeite os valores constitucionais, “ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser configurado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização”⁴¹⁹.

Decorre desta mudança metodológica, segundo aponta Rosalice Fidalgo Pinheiro⁴²⁰, a criação de novas construções teóricas para o abuso do direito, identificando-o não mais

como um acidente ou limite externo que se impõe ao exercício dos direitos subjetivos, mas como um “limite axiológico”, que se traduz no processo de funcionalização dos institutos privados, alcançando não apenas o contrato, mas a própria autonomia privada. Sob esta ótica, espelha-se o papel a ser desempenhado pela boa-fé, enquanto controle ao exercício de prerrogativas jurídicas.

Neste contexto, elenca Pedro Pais de Vasconcelos⁴²¹ os seguintes tipos mais tradicionais de abuso de direito: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*, igualmente conhecidos como figuras parcelares ou, simplesmente, subsespécies da boa-fé objetiva.

De origem romana⁴²², a *exceptio doli* representa o “mais antigo dos tipos de

⁴¹⁹ CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002 Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 418. Em linhas anteriores, afirma a autora que “O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade. Os conceitos de ilícito e de abuso, por conseguinte, excluem-se mutuamente [...]. Somente se poderá falar de ilicitude quando houver ‘específica obrigação normativa’, isto é, um comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica. Sempre que tal qualificação não competir ao legislador, mas sim, casuisticamente, ao julgador, estaremos tratando de abuso”. Ibidem, p. 406-407.

⁴²⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 418.

⁴²¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 663-668.

⁴²² “Com os *bonae fidei iudicia* relacionam-se, também, as *exceptiones*. Foram concebidas pela Ciência Jurídica romana. Mas de forma casuística: as fontes indicam, das exceções, várias figuras singulares, entre as quais avulta a *exceptio doli*. A *exceptio doli* foi obra do pretor, nos fins da República”. CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 83-84.

reação contra a má fé”⁴²³, pois “serve como defesa daquele que reage contra uma ação dolosamente proposta”⁴²⁴.

Decorrência direta do princípio segundo o qual todos devem agir com seriedade e honestidade, a *exceptio doli* ocorria quando “o demandado se defendia com uma *exceptio* em que invocava um comportamento fraudulento do titular do direito”⁴²⁵, visando, ao que tudo indica, repelir abuso perpetrado pela parte contrária.

No direito português, o assunto vem indiretamente tratado no já referido e reproduzido art. 334, no qual se afigura ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceder, manifestamente, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Nessa medida,

O artigo 334.º do Código Civil vem permitir a dedução da *exceptio doli* com generalidade, nos casos não especialmente previstos na lei. Ao titular de um direito subjectivo pode ser oposta a desonestidade com que o adquiriu ou pretende exercer. Este tipo de abuso do direito assenta, por um lado na violação da boa fé, do dever de *honeste agere*, do dever de agir como uma pessoa séria e honesta, como uma pessoa de bem, e também na violação dos bons costumes⁴²⁶.

Em texto escrito e originariamente publicado na década de noventa do século passado, observa Munir Karam⁴²⁷ que duas eram as dificuldades encontradas no direito brasileiro para a adoção da *exceptio doli*. A primeira era a de que o tema não encontrava previsão no ordenamento jurídico brasileiro como defesa contra atos viciados por dolo. A segunda, por sua vez, consistia na ausência de um dispositivo legal prevendo a boa-fé.

Superada a segunda dificuldade com o advento do atual Código Civil, entende-se que a *exceptio doli*, apesar de não contar com texto expresso de lei, pode ser invocada como meio de defesa.

Nesse sentido, menciona-se questão enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão ao se referir à referida exceção como uma das modalidades decorrentes do abuso de direito:

Nos contratos cíveis, como na espécie, a destinação social da boa-fé decorre da necessidade de se guardar o princípio da confiança em detrimento do abuso do

⁴²³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 663-664.

⁴²⁴ KARAM, Munir. Liberdade, Igualdade e Direito nas Relações Negociais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: obrigações: estrutura dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 1302.

⁴²⁵ VASCONCELOS, op. cit., p. 664.

⁴²⁶ Ibidem, p. 664.

⁴²⁷ KARAM, op. cit., p. 1303-1304.

direito, o qual se estabelece quando há violação de direitos subjetivos, isto é, quando um interesse se sobrepuja ao interesse reciprocamente contraposto na relação jurídica, cujos efeitos são subdivididos em 8 (oito) modalidades: *supressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium*, *exceptio non adimplente contractus* (ou *tu quoque*), a *exceptio doli* (desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*), a inalegabilidade das nulidades formais e o equilíbrio no exercício jurídico⁴²⁸.

Além da *exceptio doli*, ganha destaque o *venire contra factum proprium*, difundido pela Escola de Bolonha⁴²⁹, na Itália. Representa a ideia de um dos contratantes não poder se valer de comportamentos contraditórios para alcançar fim ilícito, de modo que o segundo comportamento do autor, seja comisso ou omissivo, não pode contrastar com a situação jurídica originada pelo *factum proprium*, gerando quebra de confiança.

Daí o porquê afirmar António Menezes Cordeiro⁴³⁰ que a locução *venire contra factum proprium* “traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível”.

Somada a essa quebra de confiança, referida por Paulo Mota Pinto⁴³¹ como parte dos pressupostos que integram a proibição do comportamento contraditório, deve-se também verificar a imputação do agente, quer do comportamento anterior, quer do atual, representado aqui pela “questão de saber se se pode dispensar um juízo de censura *culposa* sobre o agente. Julgamos que em regra não poderá prescindir-se de culpa”⁴³², em regra.

A ressalva se justifica pelo fato de o próprio Paulo Mota Pinto⁴³³ admitir uma exceção:

⁴²⁸ Brasil. AgRg no AREsp nº 740797, decisão monocrática relatada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, publicada em data de 25.11.2015.

⁴²⁹ “Foi somente no século XII, por influência da escola de Bolonha, que se retomou o estudo científico, ou ao menos sistemático, do direito, a partir do reexame de textos do direito romano, como o *Digesto* e as *Institutas*. A escola de Bolonha, se não introduziu, generalizou o método da glosa, que consistia essencialmente em tecer comentários à margem ou entre as linhas dos textos romanos. Entre os glosadores, destacou-se Azo, em cuja obra *Brocardica*, uma compilação de brocardos jurídicos extraídos a partir da interpretação de fontes romanas, tem-se o primeiro registro expresso do princípio de proibição do comportamento contraditório. Ali se lê, no título X, o aforismo: *venire contra factum proprium nulli conceditur*, ou seja, ‘a ninguém é concedido vir contra o próprio ato’”. SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela de confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 15.

⁴³⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 742.

⁴³¹ Ao tratar dos pressupostos e efeitos da proibição do comportamento contraditório, afirma Paulo Mota Pinto: “Cingindo-nos a alguns pressupostos que são recorrentemente referidos a este propósito, deverá, antes de mais nada, existir um comportamento anterior do agente – o ‘*factum proprium*’ a que se refere a expressão –, que seja susceptível de fundar uma *situação objetiva de confiança* (1º). Este pressuposto, resultante da conduta anterior do agente, é, a nosso ver, *imprescindível* [...]” Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2003. v. 16, p. 165.

⁴³² Ibidem, p. 165.

⁴³³ Ibidem, p. 165-166.

Julgamos que em regra não poderá prescindir-se da culpa (apenas poderá abrir-se uma exceção, a nosso ver, quando o *factum proprium* causou, embora sem culpa, determinadas expectativas na outra parte, por exemplo, por lhe terem sido prestadas informações jurídicas erradas, por o agente dispor de uma posição de superioridade ou ser, de outra forma, responsável pela ineficácia de uma vinculação na qual a outra parte confiou). Por outro lado, julgamos que serão aplicáveis as regras sobre capacidade e falta ou vícios da vontade, no que se refere à actuação anterior, que gerou expectativas. Os casos onde se pode pôr o problema não serão com certeza frequentes, mas é razoável admitir-se o agente a invalidar a sua conduta anterior, podendo aliás invocar-se aqui o artigo 295º do Código Civil, pelo menos analogicamente.

De qualquer sorte, se é certo que o direito deve ser exercido de forma honesta (*honeste agere*), tal qual uma pessoa de bem, é igualmente certo que um dos contratantes não pode frustrar confiança criada no próprio negócio⁴³⁴ visando posterior beneficiamento, sob pena de incorrer em abuso de direito. Assim, o segundo comportamento não pode simplesmente contrariar o anteriormente criado, frustrando a confiança até então imbuída no outro contratante. Por conseguinte,

são contrários à boa fé, nesta modalidade, os casos em que o titular, no exercício do direito, pretende beneficiar de um acto ilícito por si cometido ou de uma invalidez por si mesmo provocada e que os tribunais qualificam predominantemente como *venire contra factum proprium*. Constitui exemplo eloquente desta situação o caso em que um advogado, ao celebrar um contrato promessa de compra e venda de um andar onde pretendia instalar o escritório, afirmou ao promitente vendedor não serem necessárias as formalidades exigidas pelo artigo 410, nº 3 do Código Civil e veio, depois invocar a invalidez do contrato⁴³⁵.

Através da proibição do *venire contra factum proprium*, portanto, procura-se assegurar “a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais”⁴³⁶, evitando-se, posteriormente, que um dos contratantes aja sem coerência ou se valha de expediente reprovável para obter vantagem, contrariando condutas pretéritas.

Em um só termo, pode-se afirmar que pela doutrina do *venire contra factum proprium*, não se admite que uma pessoa, depois de inculir em outra uma justa expectativa, modifique abrupta e injustificadamente sua posição original por meio de comportamento contraditório, que, por óbvio, acaba por frustrar a confiança da outra parte. Seria o caso, por

⁴³⁴ Paulo Mota Pinto defende posicionamento segundo o qual o instituto do *venire contra factum proprium* seria um instituto autónomo, não vinculado, necessariamente, a uma teoria negocial. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2003. v. 16, p. 169.

⁴³⁵ VANCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 659.

⁴³⁶ DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-Fé, Abuso de Direito e o Novo Código Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 918.

exemplo, daquele que livremente assume e inicia o pagamento de uma dívida de outrem, com o consentimento expresso do credor (assunção de dívida) e, sem qualquer motivo plausível, nega-se a cumprir o remanescente das prestações alegando nada dever, causando transtornos dos mais diversos a todos os envolvidos no negócio.

Pelo tipo doutrinário de má-fé tradicionalmente determinado de *venire contra factum proprium*, fica o contratante, então, adstrito a não contrariar o que primeiro fez ou disse, justamente para manter a regra de coerência até então empenhada no negócio celebrado, evitando, com isso, maiores prejuízos ao outro contratante. No Brasil, acrescenta José Roberto de Castro Neves⁴³⁷ que

O leading case relativo ao *venire contra factum proprium* tem um caso bem expressivo: uma determinada empresa alimentícia, exploradora da comercialização de extrato de tomate, todos os anos distribuía sementes de tomates a um grupo de agricultores. No momento da colheita, essa empresa adquiria desses agricultores os tomates plantados. Entretanto, num determinado ano, embora tivesse fornecido as sementes de tomate no momento de semear, a empresa informou, quando chegou a colheita, que não iria adquirir a verdura. Os agricultores, então, ajuizaram uma ação, reclamando uma indenização porque, pelo fato de ter entregue as sementes, como fazia há anos, a empresa havia criado a justa expectativa que iria, depois, comprar os tomates plantados. O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que julgou procedente a ação dos agricultores: “Contrato. Tratativas. ‘Culpa in contrahendo’. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização a metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, as instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação”. (TJRS, 5ª c., AP. nº 591028295, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 06.06.1991).

Além do que foi dito, aponta Paulo Mota Pinto⁴³⁸ mais três pressupostos: a necessidade e o merecimento de proteção do atingido com a conduta contraditória; o investimento de confiança realizado, entendido, por exemplo, como a realização de uma contraprestação; e o nexo de causalidade.

No caso acima relatado, entende-se pela quebra da confiança então engendrada, pois a distribuição de sementes de tomates por parte da empresa alimentícia

⁴³⁷ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 35. O caso envolvendo a Cia. Cica e os agricultores do Estado do Rio Grande do Sul é igualmente referido por Antônio Junqueira de Azevedo ao tratar das ineficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Insuficiências, deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000. v. 1, p. 5.

⁴³⁸ PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2003. v. 16, p. 166.

ocorria ano a ano, com posterior aquisição de sua safra. Assim, a distribuição, em dado ano, levou a crer que a empresa efetivamente adquiriria os tomates daquela safra. Pode-se afirmar que essa postura contraditória, além de quebrar confiança então criada, reveste-se de culpa, pois nada foi dito quanto a não aquisição de tomates naquele ano. Há também a necessidade de se proteger os agricultores, pois, imbuídos da mais absoluta boa-fé, investiram na lavoura e no plantio de tomates, realizando, portanto, contraprestações. O nexo de causalidade também se afigura presente, vez que os investimentos no plantio decorreram, diretamente, da situação de confiança então criada pela empresa.

A aplicabilidade do *venire contra factum proprium*, no entanto, deverá ser analisada caso a caso, devendo ser rejeitada sua aplicação automática, bem como adverte o já referido Paulo Mota Pinto⁴³⁹:

E deve rejeitar-se a aplicação automática dos pressupostos mencionados, após a sua enumeração e verificação no caso concreto. Antes todos deverão ser globalmente *ponderados, in concreto*, para se averiguar se existe efetivamente uma “necessidade ético-jurídica” de impedir a conduta contraditória, designadamente, por não se poder *evitar ou remover de outra forma* o prejuízo do confiante, e por a situação conflitar com as exigências de conduta de uma contraparte leal, correcta e honesta (com os ditames da *boa fé em sentido objetivo*).

A regra do *venire contra factum proprium*, porém, comporta ressalvas. Na linha de raciocínio já retratado no item 1.3 deste texto, a prévia experiência vivida entre os contratantes pode levar à sua inaplicabilidade, notadamente se houve, por parte do credor, tolerância quanto a incumprimentos obrigacionais pretéritos. Com isso, pretende-se afirmar que

Há certas circunstâncias em que uma parte contratante tolera manifestamente uma determinada situação por vários anos, em violação ao contrato, para depois pleitear a rescisão dele com base na conduta tolerada. Imagine-se o caso de um locador que, não obstante houver cláusula expressa no contrato vedando a sublocação do imóvel, consinta tacitamente com a subcontratação. Não seria lícito àquele locador, volvidos vários anos, pleitear a rescisão do contrato pela violação da cláusula que proibia a sublocação⁴⁴⁰.

Esse entendimento pode igualmente ser empregado em contratos nos quais previram as partes cláusula resolutiva expressa, inclusive para casos como o acima retratado,

⁴³⁹ PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2003. v. 16, p. 167.

⁴⁴⁰ DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-Fé, Abuso de Direito e o Novo Código Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 919.

de impossibilidade de sublocação.

Desta forma, se um dos contratantes incorrer na hipótese livremente ajustada para a resolução do contrato, não poderá o negócio ser resolvido se, apesar de constatado o motivo para a resolução, a outra parte, o contratante fiel, houver visivelmente tolerado tal situação.

Assim, entende-se não haver abuso de direito se, apesar do incumprimento obrigacional, o contratante não faltoso tolerar ou houver tolerado determinada prática por parte do contratante infiel, seja a conduta resultante de uma atitude omissiva ou comissiva. Situações pretéritas, pois, devem ser levadas em consideração quando da análise de eventual abusividade do direito, o que leva a crer que a vedação de comportamento contraditório *a posteriori* – *venire contra factum proprium* – constitui exemplo de presunção relativa⁴⁴¹.

Além de exteriorizar um abuso de direito por violação à boa-fé, a vedação a um comportamento contraditório “radica fundo na justiça pessoal a cujo elemento mais intrínseco pertence a veracidade”⁴⁴², pois conduz a um patamar de confiabilidade que um contratante deve depositar no outro, evitando, como mencionado, comportamentos posteriores contraditórios.

Nessa medida, o principal efeito da proibição do *venire contra factum proprium* será o de inibir o exercício de poderes jurídicos ou diretos, em contradição com o comportamento anterior. Por outro lado,

a proibição de comportamento contraditório torna ilegítima a conduta posterior, podendo, assim, constituir o agente numa obrigação de indemnizar, designadamente por violação de uma obrigação (no caso, por exemplo, de o comportamento posterior contraditório visar a cessação dos efeitos de um contrato).

Pode acontecer, contudo, que a consequência seja a eventual constituição de uma obrigação do agente⁴⁴³.

A aplicação do instituto, como já afirmado, dependerá da análise do caso concreto, inclusive para verificar se haverá, ou não, responsabilidade pela confiança frustrada daquele que incorreu na prática contraditória.

⁴⁴¹ Para Paulo Mota Pinto, a aplicação do *venire contra factum proprium* constitui também medida subsidiária, veja-se: “Convém ainda referir, que a proibição do *venire contra factum proprium* só terá ocasião de ser aplicada se pela vinculação negocial ou pelas regras gerais de responsabilidade civil extracontratual – ou ainda por outro meio –, se não puder dar satisfação à pretensão do ‘confiante’ – sendo, nesta medida, subsidiária”. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2003. v. 16, p. 167.

⁴⁴² CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 750.

⁴⁴³ PINTO, op. cit., p. 167.

Quanto à *supressio* e à *surrectio*, entende Pedro Pais de Vasconcelos⁴⁴⁴ que ambas as expressões se equivalem⁴⁴⁵, constituindo subtipos do *venire contra factum proprium*. No entanto, a principal diferença entre esses institutos, segundo Ana de Oliveira Frasão⁴⁴⁶, estaria relacionada ao tempo (lapso temporal) transcorrido na *supressio* e a conduta contrária posterior praticada no *venire contra factum proprium*, veja-se:

A principal diferença é que, no caso da *supressio*, o tempo é que constitui o fato próprio a ensejar a extinção de direitos ou a impossibilidade de seu exercício. A existência de lapso temporal significativo é, pois, fundamental para a *supressio*, enquanto que o *venire* se concentra essencialmente na sucessão de condutas, ainda que entre elas não haja um tempo longo ou considerado relevante.

Com efeito, a *supressio* relaciona-se com a supressão de um direito pela falta de seu exercício durante um determinado período de tempo, fazendo surgir no outro sujeito uma expectativa legítima que não pode ser quebrada, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva. Nesse particular, a explicação de Anderson Schreiber⁴⁴⁷:

A expressão *Verwirkung*, também referida pela doutrina dos países latinos como *supressio* ou *caducidade*, foi consagrada pela jurisprudência alemã a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, para designar a inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal. Os primeiros casos de aplicação da *Verwirkung* estão ligados à superdesvalorização do marco alemão, que fez os tribunais germânicos abandonarem o princípio do nominalismo, passando a admitir a correção monetária de débitos, mesmo em contratos já cumpridos. Como a diferença de dias no exercício deste direito à correção monetária poderia levar à multiplicação do

⁴⁴⁴ “Traduzem o comportamento contraditório do titular do direito que o vem exercer depois de uma prolongada abstenção. A abstenção prolongada no exercício de um direito, pode, em certas circunstâncias, suscitar uma expectativa legítima e razoável de que o seu titular o não irá exercer ou que haja renunciado ao próprio direito, ao exercício de algum dos poderes que o integram, ou a certo modo do seu exercício. Esta expectativa é atendível quando a sua criação seja imputável ao titular do direito e resulte de uma situação de confiança que seja justificada e razoável”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 666.

⁴⁴⁵ Acrescenta Ronnie Preuss Duarte que os “vocábulos *supressio* e *surrectio* são uma classificação dada em Portugal para os termos originários da Alemanha da *Verwirkung* e *Erwirkung*. Designa o primeiro (*supressio*) o fenômeno da supressão de determinadas faculdades jurídicas pelo decurso do tempo. Ascensão traduz o termo, referindo-se à preclusão. O segundo (a *surrectio*), por sua vez, designa o fenômeno inverso, ou seja, o surgimento de uma situação de vantagem em virtude de não ter sido feita qualquer oposição à situação fática verificada por um determinado período de tempo”. Boa-Fé, Abuso de Direito e o Novo Código Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 920.

⁴⁴⁶ FRASÃO, Ana de Oliveira. Breve Panorama da Jurisprudência Brasileira a respeito da Boa-fé Objetiva no seu Desdobramento da *Supressio*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 592.

⁴⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela de confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 122-123. No mesmo sentido manifesta-se Guilherme Magalhães Martins: “O instituto, denominado pelos juristas alemães *Verwirkung*, tem como efeito a paralisação do exercício de um direito como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza, cuja consagração dogmática definitiva se deve sobretudo às perturbações econômicas causadas pela primeira grande guerra e à inflação”. A *supressio* e suas implicações. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2007. v. 32, p. 143.

valor do débito, passou-se a exigir que o credor informasse o mais rapidamente o devedor acerca de sua pretensão. Avançando nesta orientação, em 5 de julho de 1923, o *Reichsgericht* decretou, pela primeira vez, a “perda” do direito à correção monetária por parte de um empreiteiro que havia retardado por mais de dois meses a comunicação ao seu cliente acerca da pretensão de correção do preço.

Da jurisprudência, colhe-se alguns casos em que se utilizou o instituto da *supressio* para solucionar casos concretos. Assim, por exemplo, se um locatário, por vários meses, paga o aluguel em data posterior ao seu vencimento, sem os encargos decorrentes da mora e sem qualquer oposição por parte do proprietário, não poderá este, posteriormente, negar-se a receber alugueres ou pretender cobrar os encargos decorrentes do atraso, pois sempre consentiu em receber pagamentos tardios, criando situação de confiabilidade no locatário⁴⁴⁸.

Na apelação cível nº 70066581935, julgada em data de 30.06.2016 pela Desembargadora Marta Borges Ortiz, da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, há também um bom exemplo de *supressio*:

1. A empresa de telefonia requerida atua como prestadora de serviço público, mediante concessão, tendo a obrigação de fornecê-lo de forma universal e continuada. Trata-se, pois, da servidão administrativa (art. 40 do Decreto-Lei n. 3.365/41), que se constitui em um dos modos de intervenção da Administração Pública na propriedade privada, visando assegurar a execução de obras ou serviços públicos de interesse da coletividade, mediante prévio acordo com o particular ou por imposição de sentença judicial. 2. Na situação dos autos, denota-se que os armários ópticos, apesar de estarem dentro da propriedade do demandante, estão instalados na calçada (na área de passeio público), e ao lado de fora do muro da propriedade do demandante, de modo que a manutenção das caixas onde estão instaladas não causará maiores transtornos ao recorrente. 3. O autor, entre os anos de 2004 a 2011, tolerou as caixas de manutenção da rede da empresa de telefonia em sua propriedade, sem opor qualquer restrição ou cobrança durante o referido lapso. Ou seja, ficou inerte (sem se opor a ocupação gratuita) por mais de seis anos (adquiriu imóvel em junho de 2004, mas apenas teria notificado extrajudicialmente a ré em março de 2011), criando a expectativa de que a pequena parcela da área (apenas 1, 388%) não seria objeto de reintegração de posse, tampouco de cobrança de alugueis, caracterizando, assim, o instituto da *supressio*⁴⁴⁹.

Assim, se o autor da ação, no julgado transcrito, tolerou que as caixas de manutenção da rede da empresa de telefonia ali permanecessem por vários anos, não poderia, ao depois, quebrar a confiança gerada e exigir sua remoção de local.

⁴⁴⁸ “Direito civil. Demanda de consignação em pagamento. Contrato de locação. Aluguel que, durante vinte e quatro meses, foi pago com atraso sem cobrança de qualquer acréscimo em razão da mora. Boa-fé objetiva. Legítima confiança do locatário de que poderia continuar a pagar com atraso sem qualquer tipo de multa, juros ou atualização. *Supressio* e *surrectio*. Recusa injustificada em receber o aluguel atrasado sem os acréscimos da mora. Direito do locatário de pagar sem tais acréscimos. Provimento do recurso”. Apelação Cível nº 0205146-89.2007.8.19.0001, 1ª Câmara Cível do TJRJ, relator Des. Alexandre Câmara, julgado em 12.01.2010.

⁴⁴⁹ Brasil. Apelação Cível nº 70066581935, 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatora Des. Marta Borges Ortiz, julgado em 30.06.2016.

O mesmo ocorre no caso de inadimplemento parcial de uma obrigação ainda útil ao credor, isto é, se

a mora do devedor foi aceita, reiterada e tacitamente pelo credor durante período de tempo razoável, poderá haver a *supressio* do direito do credor de inscrever o nome do devedor nos cadastros negativos e mesmo de cobrar juros moratórios ou cláusulas penais. Tal entendimento se aplica inclusive aos contratos de locação⁴⁵⁰.

Todavia, apesar de não haver entendimento jurisprudencial unânime em torno da quantidade de tempo necessária para configurar a *supressio*, afirma-se que o exame do fator tempo está normalmente associado à criação de situação de confiança gerada na parte contrária, devendo a questão, por conseguinte, ser igualmente analisada caso a caso.

De qualquer modo, é inegável que o fator tempo esteja umbilicalmente associado a essa figura parcelar, o que levou Ana de Oliveira Frasão⁴⁵¹ a afirmar, inclusive, que a *supressio* deve ser

interpretada em conformidade com as regras da prescrição e decadência, seja para afastar a sua aplicação quando verificadas as causas voluntárias interruptivas da prescrição, seja para realçar a vocação do instituto especialmente para os casos de longos prazos prescricionais.

Posição contrária, porém, é adotada por Anderson Schreiber⁴⁵²:

enquanto os prazos prescricionais e decadenciais são fixos em lei, os “prazos” aplicados pelos tribunais em relação à *Verwirkung* são altamente variáveis, oscilando de acordo com as circunstâncias concretas. Pode-se dizer mesmo que a principal função da *Verwirkung*, nos ordenamentos que a admitem, é justamente a temperância do rigor dos prazos legais, em geral longos porque integrantes de codificações promulgadas ou concebidas em épocas de menor dinamismo e celeridade.

Remetendo o assunto à resolução dos contratos, parece razoável pressupor que a inércia perpetrada pelo contratante fiel (inocente) possa legitimar a alegação da teoria da *supressio* por parte de seu consorte, o contratante inadimplente, desde que a falta esteja aliada ao fator tempo (ou ao não exercício de um direito em dado momento) e gere neste a expectativa de que o credor não se valerá da cláusula resolutiva prevista no contrato.

⁴⁵⁰ FRASÃO, Ana de Oliveira. Breve Panorama da Jurisprudência Brasileira a respeito da Boa-fé Objetiva no seu Desdobramento da *Supressio*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: contratos: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 599.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 594.

⁴⁵² SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 126.

Nesse sentido, transcreve-se trecho de acórdão relatado por Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargadora da 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC):

Inadimplentes os compradores em duas ocasiões distintas, mas deixando a vendedora de aplicar a faculdade resolutive ao tempo e modo oportunos, há margem para aplicação do instituto da *supressio*, enunciativo de que um dado direito, se não foi exercido quando havia expectativa de sê-lo, somente pode ser invocado, *a posteriori*, mediante demonstrativo de inequívoca e patente boa-fé. Reforçada tal percepção, substancialmente, quando a mora é reiteradamente manipulada em proveito próprio pela vendedora, servindo para majorar sobremaneira o proveito obtido com o contrato⁴⁵³.

Assim, poderiam os devedores valer-se da teoria da *supressio* por conta do não exercício, por parte dos credores, do direito de resolver o contrato mesmo diante de duas situações de mora, tal qual retratado no julgado. Em resumo:

O fio condutor desses diversos julgados é a noção de que a faculdade de por fim ao contrato deve ser exercida de forma razoável e atenta aos seus propósitos, não podendo se transformar em meio de sancionar, de forma abusiva, o devedor em razão de descumprimentos contratuais que foram tolerados por tempo razoável⁴⁵⁴.

Ao que parece, a análise do caso concreto é que ditará a viabilidade, ou não, da utilização da cláusula resolutive expressa, não admitindo a jurisprudência, como visto, sua utilização se o contratante fiel dela não se vale em momento oportuno.

Ao lado da *supressio*, há a figura da *surrectio*, que se traduz, basicamente, na legítima expectativa de confiança quanto à permanência da situação que se consolidou no tempo.

Tratando de ambos os temas, observa Guilherme Magalhães Martins⁴⁵⁵ que a “*supressio*, portanto, pressupõe o exercício surpreendente de uma posição jurídica cujo abandono o titular já tornara aparente, permitindo o surgimento de uma posição digna de tutela em favor de outrem: a *surrectio*”.

Em termos jurisprudenciais, há julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) noticiando que a “*surrectio* exige a prática de algumas ações reiteradas

⁴⁵³ Brasil. Processo nº 2008.050547-0, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relatora Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, julgado em 11.05.2010.

⁴⁵⁴ FRASÃO, Ana de Oliveira. Breve Panorama da Jurisprudência Brasileira a respeito da Boa-fé Objetiva no seu Desdobramento da *Supressio*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 605.

⁴⁵⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. A *supressio* e suas implicações. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2007. v. 32, p. 144.

e não de apenas uma”⁴⁵⁶.

Assim ocorre, por exemplo, com determinada empresa que, valendo-se dos serviços de companhia telefônica, após utilizar seus serviços por dois anos, insurge-se agora contra eventuais cobranças abusivas, não informando, pormenorizadamente, onde residiria a abusividade tampouco comprovando prévias e eventuais insurgências, como a não menção do número do protocolo⁴⁵⁷.

O instituto da *surrectio* consiste, pois, no nascimento de um direito devido à prática reiterada de determinado ato, por parte daquele que dele se beneficiou. É o que ocorre, também, quando o devedor realiza pagamentos em local diverso daquele convencionado no contrato, jamais tendo seu credor se insurgido contra o fato, a exemplo do que se vê no art. 330 do Código Civil: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”.

A derradeira figura parcelar refere-se ao *tu quoque*, cuja origem encontra raízes no direito romano, em caso envolvendo o assassinato do Imperador Júlio César. Sob essa perspectiva, a informação de Vitor Pimentel Pereira⁴⁵⁸:

A presença literária mais antiga da expressão encontramos-la em *Gaius Suetonius Tranquillus* (Suetônio, por volta de 69 d.C.), historiador romano, o qual sustenta que alguns atribuíram a frase ao Imperador Júlio César, quando de sua morte, dita a Marco Júnio Bruto, um dos conjurados que o haveria de matar. A historiografia indica que Bruto era próximo a Júlio César, sendo disputada a questão quanto ao fato de se realmente era seu filho (especulação que decorre do fato de que a mãe de Bruto seria concubina de Júlio César). De qualquer forma, Júlio César o aceitou em seu círculo íntimo, chegando mesmo a nomeá-lo governador de Gália e, posteriormente, pretor urbano. Segundo o relato de Suetônio, a frase dita a Bruto não teria sido pronunciada em língua latina, mas sim em língua grega: ‘καὶ σὺ τέκνον’ (‘também tu, filho?’), demonstrando toda a estupefação de César com a participação de Bruto no ato, embora o próprio historiador duvide do fato de que Júlio Cesar haja pronunciado qualquer palavra nesta ocasião.

Atualmente, o *tu quoque* é também conhecido pela jurisprudência do STJ

⁴⁵⁶ Brasil. Apelação Cível nº 0039146-59.2013.8.19.0205, 23ª Câmara Cível Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator Des. Murilo Kieling, julgado em 22.06.2016.

⁴⁵⁷ “Apelação. Ação de repetição de indébito. Serviço de telefonia. Alteração unilateral do plano. Utilização do serviço. Prática consolidada ao longo dos anos. Inércia do usuário. *Surrectio*. Sob a ótica da consolidação de estados jurídicos pelo decurso do tempo, não se pode olvidar da figura da *surrectio*, fundada no princípio ético de respeito às relações definidas ao longo dos anos. Emerge do contexto probatório que o usuário, por longo período de tempo, anuiu com a alteração do plano de telefonia, fazendo uso do serviço”. Apelação Cível nº 1.0520.10.001568-1/001, 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatora Des. Cláudia Maia, julgado em 19.11.2015, publicado no DJ de 02.12.2015.

⁴⁵⁸ PEREIRA, Vitor Pimentel. A Fórmula *Tu Quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 180.

como “teoria dos atos próprios”⁴⁵⁹, cuja fórmula e delimitação foram igualmente cunhadas pela doutrina alemã⁴⁶⁰. Explica-a Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴⁶¹:

aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu (*tu quoque*). O condômino que viola a regra do condomínio e deposita móveis em área comum, ou a destina para uso próprio, não pode exigir do outro comportamento obediente ao preceito. Quem já está em mora, ao tempo em que sobrevêm circunstâncias modificadoras da base do negócio, não pode pretender a revisão ou a resolução judicial. Faz-se aqui a aplicação do mesmo princípio inspirador da *exceptio non adimpleti contractus*: quem não cumpriu o contratado, ou a lei, não pode exigir o cumprimento de um ou outro.

Seria o caso, também, de “um médico que, sendo um fumante inveterado, profere palestra educativa concitando os jovens a não fumarem, pelos diversos malefícios que esta prática traz à saúde”⁴⁶². Sob o ponto de vista lógico, estaria correto o médico fazer alertas quanto aos malefícios do fumo. Sua atitude, porém, não estaria em conformidade com as regras morais, o que, por óbvio, não invalidaria as verdades de suas ponderações contra o fumo e os males que causa à saúde.

E é exatamente esta contradição no julgar ou julgar-se que diferencia a figura parcelar do *tu quoque* do *venire contra factum proprium*, tal como expõe Vítor Pimentel Pereira⁴⁶³:

A diferença principal que a doutrina divisa nas espécies do *tu quoque* e do *vcfp* é a de que a proibição do *vcfp* reside primordialmente em assegurar a tutela da expectativa ou confiança legítima despertada na outra parte pela conduta do titular faltoso, enquanto o particular que incorre em *tu quoque* cai numa certa contradição, não tanto quanto ao seu comportamento em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se. Em dicção bastante clara, Antônio Junqueira de Azevedo expressou o mesmo significado ao dizer que, nestes casos, “o particular usa dois pesos e duas medidas” ao valorar seu comportamento em relação com a conduta da outra parte. Valora como escorreita sua conduta, enquanto reputa a conduta da

⁴⁵⁹ “Embora o STJ somente utilize a expressão *tu quoque* em um único acórdão, é comum encontrar a situação descrita por esta máxima em mais de um julgado desta corte superior, sob a rubrica de *teoria dos atos próprios*”. PEREIRA, Vítor Pimentel. *A Fórmula Tu Quoque: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência*. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 198.

⁴⁶⁰ “A fórmula *tu quoque* (*Tu-quoque-formel*) e a delimitação de seu significado foram cunhadas pela dogmática e jurisprudência alemãs. De fato, não se encontra no direito dos demais países europeus de tradição latina a presença explícita deste instituto e com esta denominação, sendo mais comum o recurso direto à própria boa-fé em seu sentido objetivo. A exceção à regra foi Portugal, que acolheu fortemente as categorias parcelares da boa-fé objetiva conforme explicitadas pela doutrina tedesca. Precipuamente por influência de autores portugueses, e, de modo reflexo, pelos doutrinadores alemães citados naqueles, a divisão da boa-fé objetiva em diversos tipos ou figuras (entre os quais o *tu quoque*) tem ganhado, com sucesso, foros de cidadania entre nós”. *Ibidem*, p. 185.

⁴⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 255.

⁴⁶² PEREIRA, op. cit., p. 181.

⁴⁶³ PEREIRA, op. cit., p. 189.

outra parte como viciada, efetivamente desejando ver a outra parte cumprir sua prestação, sem levar em consideração que ele primeiro encetou uma violação da norma ou do contrato.

Há julgado, no entanto, envolvendo mais de uma figura parcelar quando da análise do caso concreto, o que demonstra, desnecessário dizer, que os institutos se encontram intimamente ligados entre si. Confira-se:

Apelação cível. Direito do consumidor. Ação indenizatória. Perda do voo de volta ao seu destino, por culpa exclusiva da ré, que não teve bom senso em embarcar uma pessoa idosa, razoavelmente documentada. Como bem ressaltou a brilhante magistrada *a quo*, correlato ao conceito de boa-fé objetiva, a *surrectio* traz deveres implícitos às partes contratuais. O instituto da *surrectio* consiste no nascimento de um direito devido à prática reiterada de determinado ato. Quem descumpra norma legal não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumprira (*tu quoque*). Assim, não tendo a ré exigido a apresentação do documento de identidade original, tendo aceitado a cópia para o embarque na ida, gerou na autora a legítima presunção de que na volta a mesma conduta seria tomada, surpreendendo-a com postura diametralmente oposta a anterior tomada, adotando comportamento contraditório, verdadeiro *venire contra factum proprium*, vedado pelo princípio da boa-fé objetiva. Destarte, caracterizada está a inadequação do serviço prestado pela ré. Falha na prestação do serviço. Aplicabilidade da teoria do risco do empreendimento. Descaso da ré para com a consumidora. Dano moral *in re ipsa*. Quantia que deve ser majorada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em atenção aos parâmetros utilizados por esta egrégia câmara especializada. Honorários bem fixados nos termos do disposto no art. 20, § 3º do CPC. Provimento ao recurso⁴⁶⁴.

Por fim, a função que cria os deveres acessórios, laterais ou em anexo, referidos pelo art. 422 do Código Civil. Esta função, como se já afirmou, relaciona-se com os deveres de cooperação, honestidade, lealdade e informação, imprescindíveis em toda e qualquer relação obrigacional.

No que se refere à cláusula resolutiva expressa, especificamente, entende-se que a função terá sido observada à medida em que inexistir, para ambos os contratantes, quaisquer dúvidas quanto à(s) hipótese(s) de resolução contratual, isto é, deve estar clara a hipótese cuja ocorrência basta para pôr fim ao negócio jurídico.

Dessa forma, não pode um dos contratantes, ainda, valer-se de sua eventual posição de superioridade para se beneficiar de determinada situação em detrimento do outro contratante, pois isso violaria o equilíbrio a ser buscado e observado pelas partes, podendo configurar até mesmo abuso de direito.

Essa observação não passou incólume à percepção dos franceses Jacques

⁴⁶⁴ Brasil. Apelação Cível nº 0171287-09.2012.8.19.0001, 27ª Câmara Cível Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator Des. Antônio Carlos Bitencourt, julgado em 18.05.2016.

Flour, Jean-Luc Aubert e Éric Savaux⁴⁶⁵, que, de sua parte, classificam a situação de superioridade como verdadeiro abuso de direito:

Techniquement, cette clause fait de l'inexécution une condition résolutoire ordinaire. On peut toujours stipuler qu'un contrat sera résolu si tel événement se réalise; on peut stipuler qu'il sera résolu s'il n'est pas exécuté dans tel délai. Mais il y a là un risque d'abus, surtout lorsque l'une des parties est en état de supériorité par rapport à l'autre, l'abus consistant à stipuler la résolution pour le moindre manquement du débiteur.

O posicionamento acima transcrito se coaduna com o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, que, à medida do possível, procura evitar desequilíbrios entre os contratantes, tal como ocorre com o instituto da lesão (Código Civil, art. 157), por exemplo, onde se viola o princípio da boa-fé subjetiva. Procura-se, pois, privilegiar a equidade, não apenas por caminhar de mãos dadas com a justiça, mas também porque

a atual codificação civil brasileira, de modo expresso ou não, adota a equidade na busca pela contínua equalização dos efeitos econômicos do contrato, o que pode implicar a modificação do preço, a resolução do contrato e, em linha de sistema jurídico, contemplando-se o Código de Defesa do Consumidor, a nulidade de cláusulas consideradas abusivas⁴⁶⁶.

A justiça do contrato se baseia, pois, na ideia de equilíbrio, o que envolve o fato de um dos contratantes não poder, até mesmo em atenção à boa-fé e à função que o contrato exerce, fazer prevalecer sua posição de superioridade em detrimento de seu consorte, sob pena de restar ferida a igualdade material do contrato.

Na prática, porém, a questão é um tanto quanto tormentosa. Isso porque o princípio da igualdade não pode se opor ao princípio da liberdade contratual, onde predomina a autonomia privada dos contratantes. Em vista desse posicionamento, esclarece Paulo Nalin⁴⁶⁷ que

nos sistemas comparados de direito, sobretudo, no alemão e no português, prevalece a orientação teórica e jurisprudencial de que, para os direitos fundamentais em

⁴⁶⁵ FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. *Droit Civil: les obligations*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 229. Em livre tradução: “Tecnicamente, esta cláusula faz da inexecução uma condição resolutória ordinária. Podemos sempre estipular que um contrato será resolvido se tal acontecimento ocorrer; podemos estipular que ele será resolvido se não for executado dentro do prazo. Mas há um risco de abuso, principalmente se um dos contratantes estiver em estado de superioridade em relação ao outro, consistindo o abuso em estipular a resolução pela menor falta do devedor”.

⁴⁶⁶ NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 115.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 119.

conflito entre particulares, o Estado-juiz deve exercer um papel meramente de defesa frente às ameaças do próprio Estado e dos particulares contra a dignidade da pessoa humana, sob pena de excessiva limitação da autonomia privada, igualmente tutelada pela Constituição.

Daí o porquê se deve buscar a igualdade material entre os contratantes, a fim de preservar a máxima aristotélica, segundo a qual a justiça “consiste na igualdade de tratamento para os iguais e no tratamento desigual para os que têm méritos desiguais”⁴⁶⁸.

Enfim, a funcionalização do contrato diz com sua função social e a busca pela igualdade material dos contratantes, devendo o julgador perquirir se dita superioridade reflete de forma negativa, ou não, no contrato firmado, inclusive no que se refere ao teor da cláusula resolutiva. Assim, não prevalecerá a cláusula resolutiva em um contrato se um dos contratantes, invocando sua posição de superioridade, por exemplo, proibir que o outro contratante empregue somente pessoas de determinado sexo para a execução de atividade ou cumprimento de certa obrigação exequível por ambos os sexos.

Sustenta-se, também, que os deveres laterais ou acessórios possam conduzir à resolução do contrato, por força da cláusula resolutiva ali prevista, se a gravidade é tamanha a ponto de gerar a inutilidade da prestação, tendo como ponto de referência os interesses do credor. Em contrapartida, não há como se falar em resolução se a gravidade não gera desinteresse para o credor, o que não afastaria, a depender do caso, indenização por perdas e danos, tal como defende Gustavo Luís da Cruz Haical⁴⁶⁹:

Importante é ressaltar que, no caso de ser descumprido um dever secundário acessório, sem estar estritamente vinculado ao dever principal, não ocasionando perda do interesse do credor, não se gera o direito formativo extintivo de resolução. Contudo, não afasta o direito à indenização por perdas e danos.

Em resumo, o princípio da boa-fé, notadamente em sua feição objetiva, deve permear todo o direito obrigacional e contratual, estendendo-se a todos os ramos do direito, até mesmo por conta da eticidade que o ordenamento jurídico impõe às mais diversas relações sociais do cotidiano. E, justamente por ser disciplinada por verdadeiras cláusulas gerais, a boa-fé, suas funções e subespécies devem ser analisadas caso a caso, buscando, tanto quanto

⁴⁶⁸ ARISTÓTELES. **Política**: texto integral. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 26. Acrescenta Paulo Nader que foi “com Aristóteles que a idéia de justiça alcançou o seu lineamento mais rigoroso e preciso. Tão importante foi a sua contribuição que Emil Brunner não hesitou em considerá-la definitiva: ‘pode-se dizer, em verdade, que a doutrina da justiça nunca foi além de Aristóteles, mas sempre se volta a ele’”. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 105.

⁴⁶⁹ HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O Inadimplemento pelo Descumprimento Exclusivo de Dever Lateral advindo da Boa-fé Objetiva. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas Essenciais**: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 560.

possível, o entendimento mais conforme às normas constitucionais. Em uma só palavra, pode-se afirmar, com Judith Martins-Costa⁴⁷⁰, que

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das corretas circunstâncias do caso.

A boa-fé convive, pois, com um sistema necessariamente aberto, em permanente construção, cuja valoração deve sempre estar associada às diretrizes fixadas pelo texto constitucional, notadamente aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana.

Uma última observação se faz necessária. Ao tratar do assunto, José de Oliveira Ascensão⁴⁷¹ chama a atenção para o fato de a boa-fé não poder ser utilizada em demasia. Afirma o jurista português:

O grande inconveniente da boa fé, tal como tem sido desenvolvida, é o oposto da sua virtude: a sua excessiva extensão. Se se aplica a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa fé, se é tudo, passa a não ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicatividade.

No mesmo sentido, manifesta-se Anderson Schreiber⁴⁷²:

a intensa força retórica da expressão tem habituado magistrados a simplesmente mencionar a boa-fé na fundamentação de suas decisões, sem qualquer espécie de consideração adicional. O resultado é o alargamento do conceito a tal ponto que a sua função passa a se confundir com a do inteiro ordenamento jurídico. Em outras palavras, invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios [...].

Esta banalização da boa-fé, que já se vê por toda a parte, traz, a longo prazo, 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. Daí a urgente necessidade de se precisar, com algum grau de segurança, o conteúdo da cláusula geral de boa-fé objetiva.

Disso resulta a necessidade de se precisar, com a devida cautela, o conteúdo da cláusula geral da boa-fé voltado para o caso concreto, devendo não só o magistrado, mas

⁴⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

⁴⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Desconstrução do Abuso do Direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**: série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2003. v. 4, p. 43.

⁴⁷² SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**: tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 81-82.

todos aqueles envolvidos em uma relação obrigacional, por exemplo, direcionar suas ações para seu cumprimento, representado aqui pelo pagamento.

As atitudes dos envolvidos não podem ainda se dissociar das diretrizes fixadas pelo texto constitucional. Nesse sentido, as figuras parcelares servem como contraponto da mencionada banalização, inclusive quanto à aplicabilidade da cláusula resolutive expressa prevista no contrato, evitando que este importante instituto resolutive seja mal ou subutilizado, gerando crescente morosidade na solução dos conflitos. Evita-se, ainda, que o negócio seja resolvido por conta de eventual posição de supremacia de algum dos contratantes, submetendo o outro a caprichos desnecessários⁴⁷³.

2.4 Figuras afins: rescisão e resilição

Símbolo maior do negócio jurídico⁴⁷⁴, o contrato representa o acordo de duas ou mais vontades destinado a regulamentar o(s) interesse(s) dos contratantes naquilo que lhes permite a ordem jurídica, constituindo, disciplinando, modificando ou extinguindo relações jurídicas⁴⁷⁵.

Pressupõe, igualmente, a existência de requisitos⁴⁷⁶ subjetivos e objetivos, sem os quais o negócio não se encontra apto a produzir os efeitos desejados pelas partes ou previamente determinado pelo ordenamento jurídico, de modo que “ausentes quaisquer dos

⁴⁷³ “A cláusula resolutive 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”. TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutive expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord). **O Direito Civil entre o Sujeito e a Pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 392-393.

⁴⁷⁴ “Por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir os efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes [...]. De qualquer modo, o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato o seu símbolo”. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 371-372. No mesmo sentido, manifesta-se Alberto Gosson Jorge Junior: “O contrato pertence à categoria dos *negócios jurídicos*. É sem dúvida alguma sua espécie de maior representatividade”. Requisitos do contrato. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 183.

⁴⁷⁵ No direito francês, a definição de contrato é encontrada no **art. 1101** do *Code Civil*: “*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*”. Em livre tradução: “O contrato é uma convenção através da qual uma ou várias pessoas se obrigam, em relação à outra ou várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer qualquer coisa”.

⁴⁷⁶ Esclarece Francisco Amaral que a “doutrina não distingue os elementos dos requisitos, sendo freqüente a utilização desses termos como sinônimos, assim como também quanto aos pressupostos. Fala-se, assim, indiferentemente, de elementos ou de requisitos, como referência à estrutura do negócio”. *Op. cit.*, p. 397.

pressupostos ou requisitos considerados essenciais, o contrato é ineficaz”⁴⁷⁷.

Em relação aos requisitos subjetivos, revela-se necessária a presença de duas ou mais pessoas, o que confere ao contrato a característica de ato social⁴⁷⁸, a capacidade dos contratantes para praticar os atos da vida civil, de modo que nenhuma das partes seja portadora de inaptidão para contratar, a legitimação e o consentimento, representado pela anuência válida a respeito do entabulamento de uma dada relação jurídica.

Quanto aos requisitos objetivos, é necessário que o negócio jurídico preveja a licitude do objeto, sua possibilidade física ou jurídica, sua determinação, representado pela ideia de que o bem deve estar devidamente identificado em seus caracteres, permitindo sua individualização ou, ao menos, sua identificação bem como sua economicidade.

Este último requisito refere-se ao conteúdo econômico quase que exclusivo das relações jurídicas obrigacionais, muito embora se reconheça um “forte movimento do direito no sentido de ampliar o objeto das relações jurídicas para acolher os *bens* que não contemplem conteúdo patrimonial intrínseco, tais como os bens inerentes à *personalidade*”⁴⁷⁹. É o que ensina Pietro Perlingieri⁴⁸⁰:

De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais. No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamadas direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário.

⁴⁷⁷ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Requisitos do contrato. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 184.

⁴⁷⁸ A existência de pelo menos dois contratantes faz com que o contrato, segundo defende Alain Bénabent, seja considerado um ato social. Eis as palavras do civilista francês: “*De ce qu’il résulte d’un accord, le contrat se distingue de l’acte unilatéral. Il concerne toujours au moins deux parties, ce qui traduit son caractère d’acte social. Mais il peut intéresser un plus grand nombre de personnes*”. **Droit des obligations**. 13. ed. Paris: LGDJ – Montchrestien, 2012, p. 12. Em livre tradução: “Resultado de um acordo, o contrato se distingue de um ato unilateral. Refere-se a pelo menos duas pessoas, o que traduz sua característica de ato social. Mas pode interessar a um número muito maior de pessoas”.

⁴⁷⁹ JORGE JUNIOR, op. cit., p. 195. Além dos direitos de personalidade, acrescenta o autor que o caso é também contemplado em leis esparsas, a exemplo da Lei nº 9.434, 04.02.1997 e legislação posterior, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Menciona, também, o “Estatuto do Idoso, que eleva o envelhecimento à categoria de *direito personalíssimo* (art. 8º, Lei nº 10.741 de 1º.10.2003), sem falar do campo de proteção amplo estabelecido sob a rubrica de *direitos fundamentais* na CF. Os *direitos de família* (filiação, responsabilidade parental, deveres conjugais e outros). Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujo campo de tutela não se origina necessariamente de relações com interesses intrinsecamente econômicos, os quais, originalmente previstos no CDC (art. 81, parágrafo único, I, II e III, Lei nº 8.078, de 11.9.1990), têm sido muito bem assimilados em outras áreas do direito, como o do Trabalho, abrindo o guarda-chuva para a proteção do ambiente laboral, tratamento digno (p. ex., vedação ao assédio moral) etc.”. *Ibidem*, p. 195.

⁴⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

Esses elementos (subjetivos e objetivos) são importantes para determinar, inclusive, as espécies de extinção dos contratos, conforme classificação proposta por Álvaro Villaça Azevedo⁴⁸¹, para quem o contrato se extingue por imperfeição a ele anterior, pela execução de suas obrigações e pela inexecução, culposa (rescisão unilateral ou bilateral) ou não culposa, voluntária (resilição unilateral ou bilateral) ou involuntária (resolução) do devedor.

Quanto à primeira situação, extinção por imperfeição anterior ao próprio contrato, afirma-se que o contrato já pode nascer gravado com alguma causa de nulidade ou até mesmo de inexistência, provocando, assim, sua extinção. Basta, então, “que um menor de 16 anos firme um contrato, ou que, neste, o objeto seja ilícito, para que se decrete a sua nulidade”⁴⁸².

O contrato, em seu nascimento, pode igualmente trazer consigo algum vício do ato jurídico, como o erro, o dolo, a coação, a simulação ou a fraude⁴⁸³, o que conduziria à sua anulabilidade. A inexistência ocorreria, por sua vez, quando ausente qualquer de seus elementos essenciais, como a vontade.

O contrato também se extingiria pelo cumprimento de suas obrigações. Na já referida linha defendida por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, o adimplemento atrairia e polarizaria a obrigação, consistindo, na verdade, o modo ideal de a obrigação chegar ao seu final, até porque espera-se que ambos os contratantes cumpram sua parte na avença, seja em relação aos deveres principais, seja em relação aos acessórios (laterais ou em anexo).

Quanto à inexecução, é necessário verificar se houve, ou não, culpa por parte do devedor da obrigação não cumprida. Em caso negativo, aplica-se o multissecular *res perit domino* (a coisa perece para o dono), sofrendo o proprietário o prejuízo com a perda da coisa. O tema é tratado por José Roberto de Castro Neves⁴⁸⁴ nos seguintes termos:

As partes ajustam, imagine-se, a venda de um determinado pássaro (obrigação de dar coisa certa). Imediatamente após a tradição – da entrega do bem, que acarreta a transferência da propriedade –, o pássaro morre. Ninguém pode ser culpado pelo fato. O credor, que acabara de receber a ave, perde o bem. A obrigação, nesse caso,

⁴⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 99.

⁴⁸³ “Para a anulabilidade de negócio jurídico, exige-se a presença de vícios do ato jurídico, como o erro, dolo, coação, simulação ou fraude, com provas concludentes, porquanto não há que se falar em presunção”. Agravo Regimental nº 1.0000.13.079026-4/003, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator Des. Mota e Silva, julgado em 02.02.2016.

⁴⁸⁴ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 89.

já se aperfeiçoou, com a entrega e cumprimento da prestação. Não há que se falar em devolução do preço pago pelo animal. Outra situação ocorre se, depois de feito o acordo, no qual o devedor se comprometeu a entregar o pássaro ao credor, porém antes de se dar a tradição (a transferência do bem), o animal falecer. Neste caso, o devedor sofre a perda do bem porquanto ainda não houve a transferência da propriedade (ele ainda era dono da ave). Se o devedor já tiver recebido pela coisa, deve simplesmente devolver o valor. Em ambos os casos, aplicou-se o princípio segundo o qual *res perit domino* – a coisa perece para o dono. O proprietário, portanto, arca com o risco da perda sem culpa. Nesse sentido, aliás, o artigo 492 do Código Civil: “Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

Se, porém, o incumprimento decorrer de conduta culposa por parte do devedor, revela-se necessário ressarcir o contratante prejudicado nas perdas e danos bem como cumprir as demais consequências deste incumprimento, se for o caso. Sob essa perspectiva, explica Álvaro Villaça Azevedo⁴⁸⁵:

Quando a inexecução da obrigação contratual dá-se culposamente, encontramos-nos em face da rescisão, ou seja, da ruptura do negócio, que pode ser unilateral ou bilateral, quer exista descumprimento obrigacional por uma das partes, ou por ambas, respectivamente.

Todavia, se esta inexecução for ausente de culpabilidade, entende o civilista tratar-se de resilição ou resolução, conforme o caso, veja-se:

A resilição pode ocorrer por vontade bilateral dos contratantes, tomando o nome de distrato, ou por um só deles, sendo, nesse caso, unilateral. No primeiro caso, por exemplo, podem as partes, por suas vontades, de comum acordo, distratar uma compra e venda; no segundo, suponhamos ser as arras (ou sinal) penitenciais, qualquer dos interessados pode desistir do negócio, exercendo seu direito de arrepender-se, restituindo-as, em dobro, se for quem as recebeu, ou as perdendo, se for quem as deu, caso não exista outra estipulação contratual [...].

A resolução, a seu turno, é a extinção do contrato, por inexecução de suas obrigações, mas independentemente da vontade dos contratantes, que, por não a manifestarem, estão isentos de culpa.

Tal acontece, por exemplo, quando ocorre impossibilidade total, definitiva, da execução obrigacional, como na obrigação de dar coisa certa, infungível, pelo perecimento do objeto (incêndio de um automóvel), como, também, na obrigação do ato prometido (pintor que não pode pintar um quadro porque quebrou seu braço). Pode acontecer, ainda, que o contrato seja extinto pela morte do devedor, quando sua obrigação não se transferir a seus herdeiros ou sucessores, e não for, pois, personalíssima⁴⁸⁶.

Apesar da classificação proposta, há quem diferencie resolução e resilição sob o aspecto dos efeitos que cada qual produz.

⁴⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 100.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 100.

Dentre esses, entende Rebeca Garcia⁴⁸⁷ que resolução e resilição são espécies do gênero dissolução, variando a distinção segundo o ângulo de mirada. Confira-se:

Quando se encaram os *efeitos* da extinção, conclui-se que a resolução é a modalidade de extinção da relação contratual com eficácia retroativa. Dela difere a resilição apenas por conta de sua eficácia, que projeta seus efeitos para o futuro, a partir do momento em que se constitui a dissolução.

Quanto à resolução, verifica-se que o pensamento acima exposto se alinha àquele defendido pela doutrina francesa. Bertrand Fages⁴⁸⁸, por exemplo, entende que “*Une autre conséquence de la résolution peut être la disparition rétroactive des effets déjà produits par le contrat*”. Quanto à resilição, considerada para o direito francês como sinônimo de resolução, os efeitos seriam também projetados para o futuro, mas sem total retroatividade. É o que defende Alain Bénabent⁴⁸⁹:

Aussi la résolution – qui prend alors le nom de résiliation (97) – opere-t-elle pour l’avenir (98), mais sans totale rétroactivité. Par exemple, le locataire ne peut réclamer remboursement des loyers versés pour la période de bon fonctionnement du matériel loué; et l’artiste interprète ne peut remettre en cause les cessions de droits concernant la période de bonne exécution du contrat d’enregistrement exclusif (99).

Quando, porém, leva-se em consideração a fonte da extinção, defende Rebeca Garcia⁴⁹⁰ que “a resolução é tida como modo de dissolução contratual provocado por causa superveniente fundada não no consenso, mas no inadimplemento, na onerosidade excessiva, na impossibilidade da prestação e assim por diante”. Já a resilição, por sua vez, teria sua fonte na vontade das partes, recebendo da doutrina o nome de distrato quando essa vontade é bilateral.

Sob essa perspectiva, parece mais acertada a utilização do termo resolução para as hipóteses versadas no presente estudo, muito embora entenda António Menezes

⁴⁸⁷ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013, p. 69.

⁴⁸⁸ FAGES, Bertrand. **Droit des Obligations**. 5. ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 250. Em livre tradução: “Uma outra consequência da resolução pode ser o desaparecimento retroativo dos efeitos já produzidos pelo contrato”.

⁴⁸⁹ BÉNABENT, Alain. **Droit des obligations**. 13. ed., Paris: LGDJ – Montchrestien, 2012, p. 288-289. Em livre tradução: “Também a resolução – que recebe então o nome de resilição (97) – opera efeitos para o por vir (98), mas sem total retroatividade. Por exemplo, o locatário não pode reclamar reembolso de alugueres em relação ao período de bom funcionamento do material alugado; e o artista intérprete não pode discutir a cessão de direitos referente ao período em que o contrato fora bem executado, inclusive com registro exclusivo (99)”.

⁴⁹⁰ GARCIA, op. cit., p. 69.

Cordeiro⁴⁹¹ que os termos resolução e rescisão sejam equivalentes, a exemplo do que ocorre com as palavras resolução e resilição, segundo defende o já referido Alain Bénabent⁴⁹².

Isso ocorre não apenas porque o incumprimento de um contratante autoriza o outro a valer-se de seu direito formativo no sentido de resolver o contrato, mas também porque a resolução tem, em regra, efeito retroativo e caráter liberatório, de maneira que “dissolvida a relação contratual, tanto o credor quanto o próprio devedor são liberados das obrigações que lhe incumbiam, retornando ambos ao estado em que se encontravam antes da contratação”⁴⁹³.

Também afirmam Ambroise Colin e Henri Capitant⁴⁹⁴ que os termos resolução e resilição não são sinônimos, porquanto produz a resolução um efeito retroativo. A resilição, por sua vez, teria o condão de findar os efeitos do contrato, preservando os já produzidos.

Em análise mais minuciosa do tema, defendem os canadenses Jean Pineau e Serge Gaudet⁴⁹⁵ o posicionamento segundo o qual

Dans l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation contractuelle, le cocontractant créancier a une autre possibilité: il lui est permis de demander au tribunal de faire disparaître le contrat; celui-ci prononcera la résolution du contrat, c'est-à-dire son anéantissement rétroactif, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat à exécution successive, auquel cas l'anéantissement ne sera pas rétroactif et on parlera alors de résiliation (art. 1590 (2°) et 1604 C.c.Q.). Toutefois, en certains cas, le créancier lui-même pourra considérer le contrat comme résolu ou, le cas échéant, résilié de plein droit.

Verifica-se, pois, que a distinção entre resolução e resilição não é apenas acadêmica, pois envolve, também, questões de ordem prática, notadamente quanto aos efeitos

⁴⁹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento: transmissão: modificação e extinção: garantias.** Coimbra: Almedina, 2014. t. IX, p. 340.

⁴⁹² BÉNABENT, Alain. **Droit des obligations.** 13. ed. Paris: LGDJ – Montchrestien, 2012, p. 288.

⁴⁹³ GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013, p. 72.

⁴⁹⁴ No original: “*Les mots résolution ou résiliation ne sont pas synonymes. La résolution produit un effet rétroactif: elle anéantit les effets produits par le contrat; les parties sont replacées dans le même état qu'avant le contrat. La résiliation met fin aux effets du contrat, mais laisse subsister ceux qui se sont produits*”. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français.** 10. ed., rev. e atual. Paris: Dalloz, 1948. t. 2, p. 173-174. Em livre tradução: “As palavras resolução e resilição não são sinônimos. A resolução produz um efeito retroativo: ela anularia os efeitos produzidos pelo contrato; as partes voltam ao mesmo estado anterior ao contrato. A resilição põe fim aos efeitos do contrato; mas deixa subsistir aqueles já produzidos”.

⁴⁹⁵ PINEAU, Jean; GAUDET, Serge. **Théorie des Obligations.** 4. ed. Montreal: Les Éditions Thémis, 2001, p. 696. Em livre tradução: “Na hipótese de inexecução de uma obrigação contratual, o cocontratante credor tem outra possibilidade: é-lhe permitido requerer ao tribunal a dissolução do contrato; o tribunal, então, pronunciará sua resolução, vale dizer, sua extinção retroativa, a menos que se trate de um contrato de execução sucessiva, no qual a anulação não será retroativa, ocasião em que falaremos de resilição (art. 1590 (2°) et 1604 C.c.Q.). No entanto, em certos casos, o credor pode, ele próprio, considerar resolvido o contrato ou, se for o caso, resiliado de pleno direito”.

que produzem, conforme se vê em Miguel Reale⁴⁹⁶ ao expor os motivos e o próprio texto do atual Código Civil:

Forçoso foi, por conseguinte, introduzir na sistemática do Código algumas distinções básicas, como, por exemplo, entre validade e eficácia dos atos jurídicos; resolução e rescisão dos contratos; ou entre ratificação e confirmação, e outros mais, que não são de mero alcance doutrinário, e muito menos acadêmico, por envolverem antes consequências práticas, sobretudo para mais segura interpretação e aplicação dos preceitos.

Como já mencionado por António Menezes Cordeiro⁴⁹⁷, a resolução, também chamada pelo autor de rescisão, “é uma forma de extinção dos contratos que apresenta as seguintes características: - é condicionada; - é tendencialmente vinculada; - opera retroactivamente”.

É condicionada por estar fundada em lei ou em convenção bem como por estar vinculada a determinado fundamento, a exemplo do que dispõe o art. 474 do Código Civil, operando-se retroativamente. E, justamente por operar efeitos *ex tunc*, observa António Menezes Cordeiro que a “resolução, pela sua eficácia retroactiva, é equiparada pela lei, quanto aos seus efeitos entre as partes, à nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos”⁴⁹⁸.

Em resumo, pode-se dizer que a resolução, termo empregado no presente texto, é forma de extinção do contrato em decorrência de sua inexecução, ocasião em que o credor poderá, se assim desejar, exercer seu direito formativo com vistas a resolver o negócio por conta do incumprimento obrigacional praticado pelo seu consorte (contratante faltoso ou infiel), que, de antemão, tinha pleno conhecimento de quais seriam suas obrigações, porquanto livremente assumidas em um contrato. Deixando de cumpri-las, por uma razão ou outra, autoriza o credor a resolver o negócio, com eficácia retroativa, desde que a hipótese tenha sido devidamente prevista no ajuste entre as partes.

⁴⁹⁶ REALE, Miguel. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 38.

⁴⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento: transmissão: modificação e extinção: garantias. Coimbra: Almedina, 2014. t. IX, p. 340.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 340. Apesar de prevalecer o entendimento segundo o qual o termo resolução produz efeitos *ex tunc*, explica Araken de Assis que há “hipóteses, contudo, em que a retroação se revela inconveniente ou desnecessária. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, onde prestação e contraprestação acontecem a passo, o inadimplemento somente perturba a manutenção e a sucessividade da harmonia dos parceiros. Dito evento não clama por uma volta atrás e pela reposição ao estado preexistente ao contrato. Exemplo: o inadimplemento dos alugueres, cujo pagamento incumbe ao inquilino (art. 569, II, do CC-02), autoriza ao senhorio resolver a locação (art. 47, I, c/c art. 9º, III, da Lei 8.245/91) e retomar o imóvel; mas, conforme o senso comum indica, basta a dissolução *ex nunc*, pois nenhum interesse têm os parceiros em proceder às restituições recíprocas, desde a abertura da relação”. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 81.

2.5 O adimplemento substancial

De origem inglesa⁴⁹⁹, a *substantial performance*, conhecida no Brasil como teoria do adimplemento substancial, traz consigo a ideia de que o contrato não deve ser resolvido ante o cumprimento quase que integral das obrigações assumidas, restando preservado o negócio jurídico. Assim, não deve o contrato ser extinto se o inadimplemento perpetrado pelo devedor é mínimo, em muito se aproximando ao resultado final pretendido.

Esse entendimento encontra-se alinhado aos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e vedação ao abuso de direito⁵⁰⁰. Esses se sobrepõem ao direito formativo resolutivo quando o inadimplemento obrigacional praticado pelo devedor é “minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos constante do contrato”⁵⁰¹. Noutros termos,

Por vezes, a prestação não é cumprida exatamente como deveria, porém ela é cumprida na sua quase totalidade. Embora o artigo 313 do Código Civil⁵⁰² garanta ao credor o direito de exigir que a obrigação seja cumprida precisamente como ajustado, há que se adaptar esse conceito nas hipóteses nas quais o adimplemento não tenha sido integral, porém substancial. Afinal, não seria justo dar tratamento de uma falha completa, quando houve um cumprimento quase perfeito. Desenvolveu-se, assim, a teoria do adimplemento substancial⁵⁰³.

⁴⁹⁹ “A teoria do adimplemento substancial tem sua origem no sistema da *common law* do direito inglês, onde é conhecida como *substantial performance*. Costuma ser apontado como paradigma o caso *Bonee v. Eyre* julgado por Lord Mansfield em 1779”. FRANCISCO, Luiz Felipe Miranda; FRANCISCO, Carolina Cardoso. Adimplemento Substancial e Resolução dos Contratos: necessidade de fixação de um critério unificado. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 475. No mesmo sentido, manifesta-se Jones Figueirêdo Alves: “Lembra Vera Fradera, a propósito, as origens da doutrina do ‘adimplemento substancial’, conforme versada por Lord Mansfield, em 1779, no caso *Boone versus Eyre*, ‘em que o contrato já havia sido adimplido substancialmente, razão pela qual não se admitiu o direito de resolução, com a perda do que havia realizado o devedor; apenas coube direito de indenização ao credor, por ter sido considerado, no caso, o direito de resolução como abusivo’”. A Teoria do Adimplemento Substancial (“Substantial Performance”) do Negócio Jurídico como Elemento Impediente ao Direito de Resolução do Contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v. 4, p. 407.

⁵⁰⁰ Explicam Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco e Carolina Cardoso Francisco que por “falta de previsão legal no direito brasileiro – o Código Civil de 2002, assim como o de 1916, se manteve silente a respeito –, a teoria do adimplemento substancial vem sendo aplicada no Brasil com base no princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) conjugado com a vedação ao enriquecimento sem causa (CC, art. 884) e ao abuso de direito (CC, art. 187), a segurança jurídica das relações obrigacionais e o princípio da função social do contrato (CC, art. 421)”. Op, cit., p. 477. No mesmo sentido, o **Enunciado 361** da IV Jornada de Direito Civil: “Arts. 421, 422 e 475. O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

⁵⁰¹ ASSIS, Araken. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

⁵⁰² “**Art. 313.** O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

⁵⁰³ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 311.

No Brasil, coube ao já referido Clóvis Veríssimo do Couto e Silva⁵⁰⁴ proclamar que a aplicação do princípio da boa-fé desenvolve uma função harmonizadora, “conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”.

Sob essa perspectiva, revela-se correto afirmar que o ordenamento jurídico atribui ao magistrado, ante as lacunas existentes⁵⁰⁵, a tarefa de adequar a aplicação da lei às vicissitudes sociais. Isso justifica a aceitação da teoria do inadimplemento substancial, pois quase que integralmente cumprido o contrato. Deste modo, resta enfrentar, nesta tese, a possibilidade, ou não, dessa teoria incidir ante a presença de cláusula resolutiva expressa no contrato.

Em decisão monocrática, o Ministro Antônio Carlos Ferreira⁵⁰⁶, do Superior Tribunal de Justiça, decidiu ser “dever das partes contratantes observar as cláusulas gerais que regem os contratos privados, como a função social, a probidade e a boa-fé objetiva, nos termos dos artigos 421 e 422, ambos do Código Civil”. Afirma o julgador, na sequência, que o negócio jurídico deve ser mantido quando o devedor houver cumprido substancialmente suas obrigações, ainda que existente, no contrato, cláusula resolutiva expressa. Veja-se:

Embora exista no contrato cláusula resolutiva expressa aplicável à hipótese de atraso de três parcelas consecutivas, considerando que a parte adimpliu substancialmente o contrato, uma vez que já havia pagado vinte e nove das trinta e duas parcelas devidas, bem como consignou em juízo as demais, aplica-se a teoria do adimplemento substancial do contrato, que visa a impedir o abuso do direito de resolução do contrato pelo credor, rechaçando desfazimentos desnecessários e preservando o instrumento formado, em observância aos princípios da função social do contrato, probidade e boa-fé objetiva. Recurso desprovido. Unânime.

Em incidindo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, parecer estar correto o entendimento segundo o qual “não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações

⁵⁰⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

⁵⁰⁵ Explica Clóvis Veríssimo do Couto e Silva que a “boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética”. *Ibidem*, p. 42.

⁵⁰⁶ Brasil. REsp 1430067-DF, decisão monocrática proferida pelo relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, julgada em data de 05.11.2014, com publicação em 18.11.2014.

assumidas e já adimplidas pelo devedor”⁵⁰⁷, permanecendo íntegro o vínculo contratual anteriormente estabelecido entre as partes.

Assim, ainda que haja cláusula resolutiva expressa no contrato, não há como prevalecer o direito formativo de resolver o negócio se o devedor houver cumprido boa parte de suas obrigações. Este entendimento se coaduna com os já referidos princípios da função social do contrato, vedação ao abuso de direito e boa-fé objetiva⁵⁰⁸.

Cumprе igualmente apontar a inexistência, no direito brasileiro, de um critério uniforme quanto ao entendimento em torno do que seria substancial para fins de adimplemento. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), por exemplo, há julgado determinando a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial quando apenas a última parcela devida encontra-se incumprida:

Não se tratando de inadimplemento absoluto (assim entendido como aquele que inviabiliza totalmente o cumprimento tardio da obrigação), é certo que a impontualidade temporária com relação à última parcela do contrato, e mesmo assim com contribuição da empresa de cobrança contrada [sic] pelo Banco, não pode impor a resolução do pacto de renegociação de dívida. Ou seja, o cumprimento pleno da obrigação, embora inicialmente imperfeito, se aproximou sobremaneira da perfeição, atraindo assim a aplicação da chamada ‘teoria do adimplemento substancial’⁵⁰⁹.

Entretanto, a dificuldade reside nas hipóteses em que o inadimplemento refere-se a mais de uma parcela, havendo julgado no mesmo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de não se aplicar a teoria do inadimplemento substancial quando cumprida pouco mais da metade das prestações devidas⁵¹⁰.

Nesse sentido, há certa concordância em torno da aplicabilidade dessa teoria quando o devedor já houver cumprido setenta e cinco por cento do montante total das prestações. O Desembargador Ricardo Alberto Pereira, da 26ª Câmara Cível Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmou, em decisão datada de 28.07.2016, que a teoria do adimplemento substancial “pressupõe um pagamento mínimo de 75% da

⁵⁰⁷ Brasil. REsp 1255179-RJ, 3ª Turma do STJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25.08.2015, publicado no DJE de 18.11.2015.

⁵⁰⁸ Ensina Maurício Mota que a “função de controle da boa-fé objetiva é limitativa: ela estabelece que o credor, no exercício do seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder antijuridicamente. O exemplo mais significativo é o da proibição do exercício de resolver o contrato por inadimplemento, ou de suscitar a exceção do contrato não cumprido, quando o não cumprimento é insignificante em relação ao contrato total”. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *In*: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 12.

⁵⁰⁹ Brasil. Apelação Cível nº 1.0491.11.000780-5/001, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator Des. Otávio Portes, julgado em 13.11.2013, publicado em 22.11.2013.

⁵¹⁰ Brasil. Apelação Cível nº 1.0024.13.107010-4/001, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator Des. Arnaldo Maciel, julgado em 09.12.2014, publicado em 11.12.2014.

dívida contraída, patamar esse que se for alcançado pela parte consumidora, lhe preserva o direito de não ver o veículo alienado ser objeto de imediata apreensão”⁵¹¹.

Na sequência, invoca o magistrado o teor do Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. Como se vê, privilegia o julgado o princípio da função social do contrato, desautorizando a apreensão liminar do veículo ante o adimplemento substancial das parcelas devidas por força do contrato.

O mesmo entendimento é encontrado em decisões monocráticas no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em data de 13.06.2016, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, ao julgar agravo em recurso especial, entendeu pela impossibilidade de se resolver o contrato ante o pagamento de setenta e cinco por cento das prestações contratuais, cabendo à vendedora do bem manejar ação própria para cobrar o valor devido. Eis um trecho do julgado:

Observa-se, assim, que a ré efetivou o pagamento de parte significativa do valor, equivalente a aproximadamente 75% do total contratado. Esse valor, sem sombra de dúvidas, é elevado e impossibilita a rescisão do contrato, adotando-se, portanto, a tese do adimplemento substancial [...]. Rescisão do contrato, neste caso, inviabilizada, cumprindo à vendedora a cobrança do valor eventualmente existente em demanda própria. Aplicação da doutrina da *substancial performance*. Precedentes⁵¹².

Conclui-se, pois, pela incidência da *substancial performance* se o devedor já houver cumprido setenta e cinco por cento de suas obrigações contratuais, ainda que haja, no contrato, cláusula resolutiva expressa estabelecendo que o não pagamento de determinado número de prestações possa ensejar a resolução do contrato. Este entendimento, como visto, alinha-se à doutrina e à jurisprudência brasileira.

Não se deve confundir, igualmente, a teoria do adimplemento substancial com a teoria do inadimplemento anterior ao termo.

Apesar de não haver, no Código Civil brasileiro, um único artigo sobre o assunto⁵¹³, a teoria do inadimplemento anterior ao termo, também conhecida como teoria da

⁵¹¹ Brasil. Agravo de Instrumento nº 0025731-37.2016.8.19.0000, 26ª Câmara Cível Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator Des. Ricardo Alberto Pereira, julgado em 28.07.2016.

⁵¹² Brasil. Agravo em Recurso Especial nº 933445, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13.06.2016, publicado em data de 01.08.2016.

⁵¹³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento Anterior ao Termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 123-124. José Roberto de Castro Neves esclarece, de sua parte, que o “Código Civil espanhol possui uma norma que trata do inadimplemento antecipado nos contratos de compra e venda de imóvel (art. 1503). Se o credor tiver motivo fundado para crer na perda da coisa, ele poderá reclamar o inadimplemento, mesmo antes do prazo definitivo para cumprimento da obrigação”. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 316.

quebra antecipada do contrato (*anticipatory breach of contract*), relaciona-se com o fato de o devedor antever a impossibilidade de conseguir cumprir sua obrigação, legitimando o outro a resolver o contrato, a requerer execução específica ou ainda a pleitear eventual indenização pelo incumprimento.

Por ser atual, mas tão somente anterior ao termo, não haveria óbice de o credor se valer dessas opções, à sua livre escolha, ressaltando Yves-Marie Laithier⁵¹⁴ que “*L’anticipation ne consiste pas à prévoir l’inexécution en prenant aujourd’hui des mesures que s’appliqueront demain lorsque surviendra l’événement redouté, mais à transformer le futur en presente en agissant «dès maintenant comme si ce qui est futur existait déjà»*”.

Aparentemente, o surgimento dessa teoria surgiu na Inglaterra⁵¹⁵, no ano de 1852, quando Lord Campbell julgou ação proposta por Hochster em desfavor de De la Tour, alegando o autor, em síntese, ter sido contratado como mensageiro (12.04.1852) pelo preço de dez libras por mês, porquanto De la Tour projetara uma viagem de três meses pela Europa, com início previsto para 01.06.1852.

Em data de 11.05.1852, informa De la Tour não mais precisar dos serviços de Hochster, levando-o a propor ação em data de 22.05.1852. O tribunal, de sua parte, deu razão ao autor da ação, nos seguintes termos:

*it should be held that, upon a contract to do an act on a future day, a renunciation of the contract by one party dispenses with a condition to be performed in the meantime by the other, there seems no reason for requiring that other to wait till the day arrives before seeking his remedy by action. And the only ground on which the condition can be dispensed with seems to be that the renunciation may be treated as a breach of the contract*⁵¹⁶.

⁵¹⁴ LAITHIER, Yves-Marie. *Étude Comparative des Sanctions de L’Inexécution du Contrat*. Paris: LGDJ, 2007. t. 419, p. 553. Em livre tradução: “A antecipação não consiste em prever a inexecução tomando hoje medidas que se aplicarão amanhã quando da ocorrência de evento duvidoso, mas transformar o futuro em presente agindo «desde agora como se o futuro já existisse»”.

⁵¹⁵ “É entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência inglesas que apenas haverá *anticipatory breach* perante uma *repudiation* clara e absoluta do contrato que consubstancie uma manifestação inequívoca e definitiva da intenção de não cumprir quando a obrigação se vencer. Assim, por exemplo, um pedido de alteração dos termos do contrato não deverá constituir um incumprimento antecipado do mesmo, excepto se a parte fizer depender o respectivo cumprimento da realização de tal alteração. Também não constituirá um incumprimento antecipado o comportamento que resulte apenas de uma interpretação errada do contrato, desde que, naturalmente, a parte se mostre disposta a cumpri-lo nos termos efectivamente acordados”. FARRAJOTA, Joana. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 73.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 71. Em livre tradução: “deve ser considerado que, em relação a um ato contratual a ser praticado no futuro, a renúncia de um dos contratantes em cumprir sua parte no contrato conduz à dispensa de cumprimento pelo outro, não parecendo razoável que um contratante exija do outro que aguarde o dia do cumprimento da obrigação para somente então exercer seu direito de ação. E o único campo em que essa condição pode ser tratada reside no fato de a renúncia ser tratada como a quebra do contrato”.

Daí o porquê afirmar Ubirajara Mach de Oliveira⁵¹⁷ ser este o *leading case* a tratar do assunto:

O *leading case*, originariamente, foi *Hochster v. De la Tour* (Inglaterra, 1853): Hochster havia sido contratado para mensageiro durante uma viagem a iniciar-se em 01.06.1852. O contratante, De La Tour, comunica a Hochster, em 11 de maio, que não mais necessitaria de um mensageiro. Hochster ingressa em juízo, antes de 1.º de junho, pedindo ressarcimento por perdas e danos. Lord Campbell, ao julgar a ação procedente, frisou que, mesmo na presença de convenção relativa à data do cumprimento de um ato, possível é intentar ação baseada na ruptura contratual antes do dia fixado para atendimento⁵¹⁸.

Ao comentar o caso, observa Yves-Marie Lathier⁵¹⁹ que o problema, então inédito, era saber se o credor poderia validamente pleitear perdas e danos ante a violação de uma obrigação ainda não exigível ao tempo da propositura da ação.

A resposta afirmativa baseou-se na ideia de que, ainda que não exigível a obrigação, haveria entre os contratantes, durante a vigência do contrato e antes do termo, o dever implícito de não praticar atos que pudessem prejudicar seu consorte. Esse pensamento condiz com o dever de cooperação há muito defendido pelos já mencionados Emílio Betti e Pietro Perlingieri.

Todavia, apesar de a inexecução antecipada ser um fenômeno quase que inexistente no direito francês⁵²⁰, o assunto, no Brasil, aparentemente sofre as influências do art. 1.219 do Código Civil Italiano⁵²¹, não sendo necessária a constituição em mora quando o devedor tiver declarado por escrito não querer cumprir a obrigação.

Assim, se “for possível traçar linha evolutiva a respeito da aceitação do instituto pela doutrina brasileira, talvez se deva a Serpa Lopes, ainda na década de 50, um dos

⁵¹⁷ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra Positiva do Contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais:** obrigações e contratos: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 847.

⁵¹⁸ Apesar de ser considerado o *leading case*, segue a advertência de Joana Farrajota: “Embora *Hochster v. de la Tour* (1853) seja tradicionalmente apresentado como o caso de referência deste instituto, a verdade é que o princípio da *anticipatory breach* já era reconhecido pela doutrina e jurisprudência anglo-saxônicas anteriormente”. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 69.

⁵¹⁹ LAITHIER, Yves-Marie. *Étude Comparative des Sanctions de L’Inexécution du Contrat*. Paris: LGDJ, 2007. t. 419, p. 554. No original: “*Le problème, inédit, était de savoir si le créancier pouvait valablement agir en dommages-intérêts en invoquant la violation d’une obligation qui n’était pas encore exigible au jour où l’action fut introduite*”.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 557.

⁵²¹ “**Art. 1219.** *Costituzione in mora. Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto. Non è necessaria la costituzione in mora: 1) quando il debito deriva da fatto illecito; 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l’obbligazione*”. Em livre tradução: “Constituição em mora. O devedor é constituído em mora mediante intimação ou requerimento por escrito. Não é necessária a constituição em mora: 1) quando o débito deriva de um fato ilícito; 2) quando o devedor declarou por escrito que não quer executar a obrigação”.

primeiros acenos positivos ao tema”⁵²², admitindo o jurista brasileiro, já naquela época, a aplicabilidade da teoria do inadimplemento anterior ao termo. Realmente, compulsado o texto há muito escrito pelo autor, extrai-se trecho admitindo o inadimplemento anterior ao termo:

Pergunta-se: é admissível, no nosso Direito positivo, acolher-se uma tal modalidade de vencimento antecipado da obrigação, possibilitando a invocação da **exceptio n. ad. cont.** contra um credor-devedor que exige do outro contratante o seu crédito depois de haver declarado peremptoriamente o seu propósito de não adimplir a prestação futura que lhe incumbe? Não dispomos, na verdade, de um dispositivo legal que nos facilite uma interpretação por analogia, como acontece no Direito positivo italiano. Cremos, entretanto, que isso não é obstáculo à aplicação de um princípio que não vulnera a estrutura jurídica do nosso Direito, pois nenhuma disposição existe que se possa considerar oposta a essa forma de vencimento antecipado⁵²³. [destaques no original]

De qualquer modo, ainda que não haja um dispositivo expresso no Código Civil que trate sobre o assunto, não há dúvida de que o conceito pode e deve ser aplicado entre nós. Isso porque não “seria sequer razoável admitir que o credor, mesmo seguro de que não haverá o adimplemento, tenha que esperar, até a data do vencimento da dívida, para reclamar o descumprimento, quando isso já é certo”⁵²⁴.

Daí que, no Brasil, talvez o caso paradigma tenha sido o relatado pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar Junior, em que uma pessoa, Sr. Luciano Camillo de Souza, adquirira um imóvel (apartamento) a ser construído e entregue dali a três anos, mais especificamente no mês de novembro de 1999. Faltando pouco mais de um ano para o término do contrato, constatou-se que a construtora Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções nada havia feito ou edificado, comprovando o adquirente que a construtora, de fato, não construiria o prédio.

O credor, então, propôs ação de resolução de contrato sustentando o vencimento antecipado, pois já não mais havia tempo hábil para a construção, corroborada, ainda, por informações de que o prédio não seria construído. O caso foi ementado nos seguintes termos:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato. Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. Recurso

⁵²² TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento Anterior ao Termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 126.

⁵²³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais**: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 293.

⁵²⁴ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 317.

não conhecido⁵²⁵.

Compulsando o voto do Ministro relator, colhe-se o seguinte entendimento:

O caso é de descumprimento antecipado de contrato de promessa de imóvel a ser construído, porquanto as circunstâncias reconhecidas pelas instâncias ordinárias evidenciaram que a construtora, até a data do ajuizamento da demanda, não iniciara as obras, embora já decorridos dois anos, e faltando apenas um para o término do prazo contratual. Quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária à avença, demonstrando firmemente que não cumprirá o contrato, pode a outra parte pleitear a sua extinção.

Verifica-se, pois, ser possível o inadimplemento antecipado ou anterior ao termo, desde que o devedor da obrigação pratique atos nitidamente contrários ao cumprimento de suas obrigações ou faça declarações nesse sentido. Daí a pertinente observação de José Roberto de Castro Neves⁵²⁶:

Evidentemente, a mera dificuldade no futuro cumprimento ou o receio do credor de que o devedor não entregará a prestação não acarretam o inadimplemento antecipado. Deve haver a certeza de que, pelas circunstâncias atuais, o devedor não estará apto a cumprir seu dever obrigacional.

Da jurisprudência mais recente, colhe-se posicionamento de que a quebra antecipada do contrato “advém do duty to mitigate the loss (doctrine of mitigation), oriundo da boa-fé objetiva, que impõe à parte do responsável pelo inadimplemento do contrato o dever de agir de modo a mitigar eventuais prejuízos da contraparte”⁵²⁷.

Este posicionamento se coaduna com aquele defendido por Ubirajara Machi de Oliveira⁵²⁸, para quem o “que vai regular a possibilidade de quebra antecipada do contrato é a *doctrine of mitigation*, segundo a qual o contratante, mesmo lesado pela violação do contrato, deve agir de maneira a não agravar a perda ou o dano da contraparte”, refletindo o

⁵²⁵ Brasil. REsp 309626-RJ, 4ª Turma do STJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 07.06.2001.

⁵²⁶ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 315.

⁵²⁷ Brasil. Agravo de Instrumento nº 1.0188.13.012162-0/001, 10ª Câmara Cível do TJMG, relator Des. Cabral da Silva, julgado em 14.10.2015. Apesar de ser admitida pelos tribunais brasileiros, adverte Daniel Pires Novais Dias que a “perspectiva de um movimento de recepção do *duty do mitigate* tem causado efeitos negativos [...]. Acaba acontecendo um duplo equívoco: o julgador, pensando que está aplicando um instituto estrangeiro, decide de maneira distinta ao que prevê a legislação brasileira; por outro lado, a decisão, contrariamente ao que pensa o julgador, é também distinta à forma com que se dá a aplicação do instituto no direito estrangeiro. Equivoca-se, enfim, duplamente”. O *Duty to Mitigate the Loss* no Direito Civil Brasileiro e o Encargo de Evitar o Próprio Dano. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011. v. 45, p. 100.

⁵²⁸ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra Positiva do Contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 848-849.

dever de cooperação e lealdade que permeiam as relações obrigacionais⁵²⁹. Todavia, nunca é demais lembrar, como o faz Daniel Pires Novais Dias⁵³⁰, que a

recepção do *duty to mitigate the loss* foi proposta no Brasil para solucionar situações em que credor mantém-se inerte diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo decorrente do inadimplemento do contrato. Trata-se de “solução” apresentada para um *problema de responsabilidade civil contratual, ou seja, um problema de imputação de danos que o credor inadimplente poderia ter evitado sofrer ou mesmo minimizado sua extensão quando já inicialmente configurado*. Uma recepção que procura dar resposta à seguinte pergunta: a quem e em que medida devem ser imputados os danos decorrentes do inadimplemento do contrato, mas que o credor poderia ter evitado ou reduzido; ao devedor inadimplente ou ao credor inerte?

Até mesmo por essa doutrina, revela-se possível sustentar a plena e imediata aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa, justamente porque, ante o incumprimento obrigacional perpetrado pelo devedor infiel, poderia o credor, de imediato, dela se utilizar para fazer prevalecer um direito já eleito e garantido pelas próprias partes, evitando, desta forma, prejuízos maiores a si próprios.

Assim, se é certo que a doutrina da mitigação visa reduzir os danos do credor e o valor da prestação do devedor, restringindo a extensão da ofensa, é plenamente sustentável a aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa independentemente da intervenção do Poder Judiciário. Isso porque o credor inadimplido também sofrerá prejuízos ainda maiores se, a exemplo do que acontece hoje em dia, vir-se obrigado a enfrentar um longo e custoso processo judicial para, somente então, obter decisão que resolva o contrato. Talvez uma decisão judicial futura, ainda que correta, não seja suficiente para reparar os prejuízos que eventualmente tenha tido.

Além disso, não seria desarrazoado sustentar que a teoria do *duty to mitigate the loss* poderia tangenciar o já referido *venire contra factum proprium*, pois é certo que “existe a necessidade do devedor não contradizer a própria intenção de adimplir, e a de

⁵²⁹ “Assim, entendemos que o dever de cooperação cria também à parte que está sofrendo prejuízos, por qualquer motivo, o dever de fazer tudo o que for possível – dentro da diligência normal esperada e observando-se os aspectos específicos daquela contratação, incluindo o grau de expertise das partes, a complexidade das obrigações, etc. –, para evitar maiores prejuízos ou estancar os prejuízos que está tendo. Nesse sentido, vale transcrever entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que o dever de mitigar o próprio prejuízo decorre do dever de cooperação: ‘3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos devedores de cooperação e lealdade”. SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 173-174.

⁵³⁰ DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil Brasileiro e o Encargo de Evitar o Próprio Dano*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011. v. 45, p. 101.

mostrar-se ativo para propiciar a satisfação do credor no justo tempo”⁵³¹. Por outras palavras, tal como aduz o já referido Ubirajara Mach de Oliveira⁵³²,

O credor, como indica o semantema, “crê” na pessoa do obrigado, em sua vontade e capacidade de cumprir a prestação. Quando, por ação ou omissão, o devedor comporta-se de forma incoerente com a palavra dada, em período antecedente ao vencimento, se caracterizará o rompimento antecipado do pacto, dando ensejo à resolução com perdas e danos, desde que evidenciada uma recusa intencional a adimplir, ou uma inabilitação voluntária para tanto.

Pelo exposto e apesar de controvérsias doutrinárias, pode-se afirmar que a doutrina brasileira tem se manifestado favoravelmente à recepção da teoria do *duty to mitigate the loss*, apesar de o art. 939 do Código Civil estabelecer que o

credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Nesse sentido, ressalta a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que as “sanções previstas nos artigos 939 e 940 do Código Civil somente são aplicáveis quando comprovada a má-fé do credor”⁵³³, e não em todo e qualquer caso.

Quanto à cláusula resolutiva expressa, repita-se, não se vê impedimentos para que questões dessa natureza sejam previstas pelas partes no sentido de o contrato ser resolvido *pleno iure*, inclusive quanto ao aspecto temporal para se cumprir uma obrigação, como no caso acima referido da construtora que, não obstante o prazo de três anos, não edifica a obra tampouco demonstra que irá fazê-lo.

Em outros termos, crê-se que a conduta contrária ao cumprimento de obrigações, inclusive o prévio aviso ou constatação de que o devedor não as cumprirá no prazo, no tempo e na forma convencionada pode, a depender da redação e do caso concreto, ser entendida como verdadeira cláusula resolutiva, desde que prévia e muito bem delineada no

⁵³¹ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra Positiva do Contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais:** obrigações e contratos: contratos: formação e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 853. Em sentido contrário, transcreve-se lição de Daniel Pires Novais Dias: “A aplicação do *duty to mitigate* sob o fundamento do *venire contra factum proprium* resta inviável: além de questionável a própria existência de contradição entre essas condutas, manifestamente não há como reconhecer na conduta da vítima de não evitar a produção ou o agravamento do próprio prejuízo, principalmente por omissão, a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos”, op. cit., p. 121-122.

⁵³² OLIVEIRA, op. cit., p. 854.

⁵³³ Brasil. Apelação Cível nº 1.0024.09.733957-6/002, 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatora Des. Cláudia Maia, julgado em 04.10.2012.

negócio jurídico pelos contratantes. Ao tratar do assunto, adverte José Roberto de Castro Neves⁵³⁴:

Se a impossibilidade de cumprimento da prestação se der por fato não imputável ao devedor, não se estará diante do inadimplemento antecipado, mas de uma situação diversa, na qual a obrigação se resolve. Se o objeto se torne ilícito ou se perca sem culpa do devedor, por exemplo, haverá a extinção da relação pela ausência de objeto. Se o devedor de uma obrigação personalíssima falecer, a obrigação se resolve também pela impossibilidade de seu cumprimento. Em nenhum dos casos anteriores haverá o devedor de reparar o credor, porque o vínculo desapareceu sem culpa.

Situação diferente se dá no inadimplemento antecipado. Aqui, a obrigação não se cumprirá por um fato imputável ao devedor e que se manifesta antes do termo ajustado para o adimplemento. Em outras palavras, antes da data ajustada para o pagamento, o credor já tem plena certeza de que não haverá adimplemento.

Portanto, não há dificuldades no sentido de se interpretar hipóteses de inadimplemento antecipado como verdadeiras cláusulas resolutivas, pois não haveria sentido em aguardar o término do prazo no contrato para, somente então, considerar resolvido este negócio jurídico, com possíveis reflexos negativos ao contratante que, fielmente, cumpriu sua parte na avença, não sendo obrigado a ver seu prejuízo aumentar. É o que ocorre, por exemplo, com uma pessoa que adquire unidade de apartamento na planta para ser entregue dali a três ou quatro anos. Um ano antes da data programada para a entrega do imóvel, percebe que a construtora nada ou muito pouco fez. Por óbvio, não haverá tempo hábil para a edificação. Diante desse cenário, poderá valer-se deste instituto para considerar incumprido o contrato, por antecipação.

⁵³⁴ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 315.

3 A CLÁUSULA RESOLUTIVA NOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS

É muito comum, em contratos de compra e venda de imóveis urbanos, principalmente se adquiridos de loteadoras, as partes fazerem constar no negócio jurídico cláusula redigida nos seguintes termos: “o não pagamento de três parcelas consecutivas acarreta o vencimento antecipado do contrato”. Resta saber, na linha do pensamento exposto ao longo deste trabalho, se a referida cláusula pode, ou não, ser considerada resolutive, isto é, apta a ensejar a resolução do contrato.

Neste terceiro e derradeiro capítulo, pretende-se estudar os elementos funcionalizados do contrato de compra e venda imobiliário bem como os aspectos dinâmicos que envolvem as relações obrigacionais e reais. Isso porque ambos os ramos do direito compõem as relações jurídicas patrimoniais, interagindo entre si como faces de uma mesma moeda. Nesse sentido, encontram intimamente relacionados.

Em seguida, tratar-se-á dos embargos de retenção, ocasião em que será analisada a posse de boa e má-fé, inclusive no caso de ter o contratante infiel cumprido substancialmente o contrato, apesar de terem as partes contratantes convencionado cláusula resolutive expressa.

Na sequência, será analisada a demanda resolutive bem como a necessidade, ou não, de o Poder Judiciário intervir para decretar o fim do contrato, não obstante terem as partes, atentas à sua autonomia privada, ali convencionado cláusula resolução expressa, o mesmo ocorrendo em escritura públicas lavradas com cláusulas resolutive.

3.1 Elementos funcionalizados da compra e venda imobiliária

A funcionalização de um instituto, tal como consignado no item 1.4 deste trabalho, volta-se para o melhor cumprimento dos objetivos preconizados pelo texto constitucional, tutelando a pessoa humana em sua perspectiva individual, solidarista e relacional. Na análise de um instituto, portanto, prioriza-se seu perfil funcional, seus efeitos, ganhando relevo a questão em torno de sua função. Isto é, passa-se a analisar não apenas como o instituto é, mas, principalmente, para que ele serve dentro do ordenamento, atento, sempre, aos valores constitucionais.

Essa premissa, segundo Carlos Nelson Konder⁵³⁵,

foi expressamente assumida pelo marco teórico chamado *direito civil-constitucional*, o qual destaca que, não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a sua tutela por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais.

A funcionalização, acrescenta Carlos Nelson Konder⁵³⁶, “incide sobre todo o direito civil, mas tem especial relevância no direito contratual”. A partir dessa afirmação, acredita-se que a questão posta seja aplicada aos elementos do contrato de compra e venda imobiliária. Isso porque, como bem adverte Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho⁵³⁷, “conquanto se revele a funcionalização fenômeno permanente ao longo da história do Direito, a aceitação da ideia de que a ordem jurídica tem e sempre teve um papel de instrumento predisposto à satisfação de determinado interesse espalhou-se recentemente”.

Portanto, além de o intérprete dever se preocupar com os elementos que constituem determinado instituto, deve perquirir sua verdadeira função. Por outras palavras, deve analisar o papel que exerce no ordenamento jurídico ou, simplesmente, sua razão de ser⁵³⁸.

Quanto ao contrato propriamente dito, pode-se dizer que, historicamente, nasce da própria realidade social. Em verdade, poucos são os institutos, a exemplo dos contratos, que se confundem com a própria origem da humanidade, adaptando-se às mais diversas nuances e vicissitudes sociais. A origem do contrato confunde-se, pois, com a da própria humanidade, conforme explica Martinho Garcez Neto⁵³⁹:

A origem do contrato confunde-se, no decurso dos séculos, com a própria origem da humanidade. Pode-se dizer que as primeiras trocas de objetos e as primeiras prestações de serviços ainda que gratuitos consubstanciam a figura do contrato, no seu germe ou embrião, ou, mais, precisamente, correspondem ao contrato na sua forma rudimentar. Só mais tarde, com a descoberta e utilização da moeda metálica, como medida de valor, e, a seguir, com a invenção da escrita, com a instituição da

⁵³⁵ 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: Padma, jul./set. 2010. v. 43, p. 33-34.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁵³⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: uma concretização da função social da propriedade. *In*: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). **Direito das Relações Patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 14.

⁵³⁸ Ensina Pietro Perlingieri ser da máxima importância “identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função”. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94.

⁵³⁹ GARCEZ NETO, Martinho. **Temas Atuais de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-2.

moeda fiduciária, fator de desenvolvimento do crédito, é que o regime contratual assumiu fisionomia própria e definitiva, tal como conhecemos ainda hoje.

O assunto é igualmente retratado por Augusto Geraldo Teizen Júnior⁵⁴⁰:

Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou às sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiram na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.

O contrato, até mesmo como verdadeira instituição, está, esteve e sempre estará enraizado na vida jurídico-social dos povos, desde o direito romano até os tempos atuais. Representa a mais importante relação de direito, sendo simplesmente impossível dissociar a vida humana em sociedade das imprescindíveis relações e trocas necessárias à sua própria subsistência.

Talvez por conta disso tenha Caio Mário da Silva Pereira⁵⁴¹ afirmado que o “mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual do nosso tempo, a consequência seria a estagnação social”.

Devido à sua importância no âmbito social, afirma o civilista que o contrato pode ser definido, então, como o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”⁵⁴², espraiando-se para todos os ramos do direito.

Dada à natureza do tema proposto, tratar-se-á apenas do contrato de compra e venda imobiliário bem como dos elementos que o compõe, procurando, na medida do possível, harmonizá-los com a função que desenvolvem no ordenamento jurídico e no próprio contexto social. A referida delimitação se revela importante à medida em que inúmeros são os casos de incumprimento obrigacional levados à apreciação do Poder Judiciário, muitos dos quais contendo expressas cláusulas resolutivas.

De início, informa-se que a compra e venda, assim como os demais contratos em geral, encontra raízes no direito romano. É o que se vê, por exemplo, em Max Kaser⁵⁴³:

⁵⁴⁰ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 48.

⁵⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 10.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 7.

⁵⁴³ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 239.

A compra e venda é o contrato (bilateral) reciprocamente obrigatório que visa a TROCA de produtos, em geral uma coisa contra um PREÇO expresso em dinheiro. Nas suas origens, a compra e venda é em Roma, como em toda a parte, uma **compra a contado** (compra e venda manual), em que a celebração e a execução das prestações mútuas coincidem. Isto aplica-se à *mancipatio*, na qual originariamente na troca contra a aquisição de um *res Mancipi* se pesava um preço real em dinheiro (supra § 7 I 1b). Compra a contado é também a compra e venda LIVRE DE FORMA, que tem em Roma uma raiz dupla. Por um lado consiste, desde tempos antigos, na troca de *res nec Mancipi* contra dinheiro entre CIDADÃOS romanos e, por outro, na aquisição de coisas de TODO o género [sic], inclusive *res Mancipi*, no comércio com PEREGRINOS.

Didaticamente, porém, o contrato de compra e venda é constituído por três elementos: a coisa, o preço e o consentimento⁵⁴⁴. Quanto ao primeiro elemento, informa-se que, em princípio, “todo e qualquer bem pode ser objeto do contrato de compra e venda, desde que se encontre no comércio”⁵⁴⁵.

Nesse sentido, a coisa (*res* ou *merx*) pode ser corpórea ou incorpórea, presente ou futura. É fundamental, no entanto, que exista ou venha a existir ao tempo da celebração do negócio jurídico. Nesse sentido, não há óbice que a coisa venha a existir no futuro⁵⁴⁶, conforme regra prevista no art. 483 do Código Civil⁵⁴⁷.

A entrega de coisa futura decorre do caráter obrigacional do contrato, verdadeira fonte das obrigações de dar. Nessa modalidade, a exemplo do que ocorre com a compra e venda de imóvel adquirido na planta ou a entrega de safra de grãos a ser colhida, contempla-se também a versão aleatória, podendo o caso assumir os contornos da *emptio spei*,

⁵⁴⁴ Esclarece Ignácio Maria Poveda Velasco serem três “os elementos constitutivos do contrato de compra e venda, a saber: a coisa (*res* ou *merx*), o preço (*pretium*) e o consentimento das partes contratantes (*conventio*)”. *Obrigações Decorrentes da Compra e Venda Consensual Romana*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5, p. 113.

⁵⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 139.

⁵⁴⁶ Ao tratar do assunto, ensina Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda que se “o bem ainda não existe, não é isso obstáculo a que seja comprado e vendido. O contrato de compra-e-venda é consensual. Por êle, promete-se. Tanto se pode prometer o que já existe como se pode prometer o que ainda não existe. Nada obsta, sequer, a que se acorde em que a propriedade e a posse se transferirão imediatamente após a existência do bem vendido. Não há transferência da posse e da propriedade do que ainda não é *in rerum natura*. Porém nada obsta a que se prometa tal transferência e se acorde, desde logo, em que a propriedade e a posse se *transferirão*. Prenhe a égua, nada impede que se venda e desde já se transfiram a propriedade futura e a futura posse do poldro que pode nascer (e é provável que nasça). Nos casos em que o bem vendido está inserto em outro, como os frutos, a *separação* estabelece a existência do bem determinado e a propriedade e a posse se transferem conforme o acôrdo de transmissão. A existência do bem e a sua existência autônoma são dois conceitos diferentes: o fruto, inclusive o animal concebido e não nascido, existe, porém ainda não existe autônomo. Êsse é o *portio viscerum*. De qualquer modo, a compra-e-venda de bem futuro, como a de bem futuramente autônomo, já se perfaz com as declarações bilaterais de vontade; e nada obsta a que o próprio acordo de transmissão da propriedade e da posse se conclua para a eficácia no momento adequado, ou mesmo escolhido”. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações**. Atual. por Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXIX, p. 76-77.

⁵⁴⁷ “**Art. 483.** A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era a de concluir contrato aleatório”.

representada pela venda de uma esperança ou da *emptio rei speratae*, representada pela venda uma coisa esperada.

No primeiro caso (*emptio spei*) “o comprador tem de pagar o preço mesmo se o bem não vem a existir, ou se nasce sem vida”⁵⁴⁸, pois creditou maior relevância à esperança do que à coisa em si. Seria o caso, por exemplo, daquele que se compromete a pagar a quantia de cem reais pelo lanço da rede ao mar, independentemente da quantidade de peixes apanhados, se apanhados.

Na *emptio rei speratae*, por sua vez, a esperança cede espaço ao objeto, não sendo eficaz o contrato se o objeto não vem a existir. No exemplo acima referido, só haverá obrigatoriedade no pagamento, por conseguinte, se a rede lançada ao mar trouxer peixes, independentemente de sua quantidade.

Portanto, na “*emptio rei speratae*, o objeto deve vir a existir, de modo que, se não vem a existir, o contrato não é eficaz. Na *emptio spei*, o contrato só tem por objeto o que pode vir a existir, e tem os seus efeitos mesmo se tal existência futura não advém”⁵⁴⁹. Todavia, não é fácil distinguir, na prática, casos alusivos à venda *emptio spei* ou *emptio rei speratae*. O critério prevalecente, segundo Orlando Gomes⁵⁵⁰, é o seguinte:

há venda de esperança, se a existência das coisas futuras depende do acaso; há venda de coisa esperada, se a existência das coisas futuras está na ordem natural. Uma colheita, por exemplo, será objeto de *emptio rei speratae*, porque é de se esperar normalmente que haja frutificação. No fundo, trata-se de uma *questio voluntatis*, devendo-se, na dúvida, preferir a *emptio rei speratae*, por ser mais favorável ao comprador.

Nos contratos de compra e venda de imóveis, por exemplo, entende-se que o negócio opera-se *emptio rei speratae*, pois espera-se que o bem evidentemente exista e que o vendedor, tão logo receba o preço combinado, outorgue ao comprador a competente escritura pública para que este possa viabilizar o registro do imóvel no cartório imobiliário competente, isto é, no cartório do local onde se situa a coisa, a lembrar que o registro proporciona segurança e estabilidade às relações imobiliárias. De qualquer sorte,

é fora de dúvida a viabilidade do contrato incidente em *coisa futura*, o qual fica perfeitamente definido como condicional – *emptio rei speratae*, que se resolve se a coisa não vier a ter existência, mas que se reputa perfeito desde a data da celebração,

⁵⁴⁸ PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial: direito das obrigações. Atual. por Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXIX, p. 77.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 79.

⁵⁵⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 278.

com o implemento da *conditio*⁵⁵¹;

E, na linha de cooperação tantas vezes mencionada neste texto, destaca Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁵⁵² que o vendedor, tanto na *emptio rei speratae* quanto na *emptio spei*, deve “conduzir-se de tal maneira que não impeça a existência do bem futuro e esperado. O vendedor tem de praticar os atos necessários à possibilidade do nascimento do bem e de evitar tudo que a possa impedir”.

Por fim, menciona-se que a principal diferença entre essas duas hipóteses está na assunção, pelo comprador, dos riscos de a coisa não vir a existir no futuro. Por essa razão deve o comprador, na *emptio spei*, pagar o preço ainda que a coisa não venha a existir, pois priorizou a esperança em si.

O segundo elemento constitutivo da compra e venda é o preço (*pretium*). Esclarece Ignácio Maria Poveda Velasco⁵⁵³ que antes de a moeda ser cunhada, no ano de 289 a.C. (século III a.C., portanto), o gado e depois o cobre eram utilizados como meios de câmbio. Após a emissão da moeda e a criação da unidade monetária é que o preço, nos moldes hoje conhecidos, passa a reger as relações comerciais.

Desse modo, deve o preço ser oferecido na moeda corrente nacional em curso (real), sob pena de restar descaracterizado o contrato de compra e venda. Em um só termo, afirma-se que o “preço tem de ser em dinheiro”⁵⁵⁴.

Acrescentam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁵⁵ revelar-se fundamental “a pecuniariedade do preço no momento de celebração do contrato, pois, caso seja convencionada a entrega do bem diverso no lugar da quantia inicialmente avençada, realizar-se-á uma dação em pagamento”.

⁵⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 155. Entende Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, de sua parte, ser um “erro pensar-se em que o contrato de compra-e-venda de bem futuro seja contrato sob condição suspensiva, no que incorreram Luigi Gasca, *Trattato della Compravendita*, I, 2.^a ed., 325, e outros, ou com a *condicio iuris*, como A. Scialoja, *Saggi di vario diritto*, I, 17, ou, ainda, compra-e-venda negócio jurídico antecipado, como Domenico Rubino, *La Compravendita*, 145 s., e *La Fattispecie e gli effetti giuridici preliminar*, 87 e s., 382 s. Tudo isso é artificial. A compra-e-venda conclui-se como qualquer outra. A diferença está em que a propriedade e a posse ainda não podem ser transferidas, porque ainda não existe o bem, ou ainda não existe autonomamente. O acôrdo de transmissão é que tem de marcar para mais tarde a transmissão da propriedade e da posse”. **Tratado de Direito Privado**: parte especial: direito das obrigações. Atual. por Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXIX, p. 77.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 81.

⁵⁵³ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Obrigações Decorrentes da Compra e Venda Consensual Romana. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5, p. 114.

⁵⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 92.

⁵⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 139.

Realmente, caracteriza-se a dação em pagamento pela substituição de uma coisa por outra, com a expressa anuência do credor, pois este não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa (Código Civil, art. 313). Nessa medida, a dação em pagamento pode até não desnaturalizar o contrato de compra e venda, mas está mais ligada à forma de extinção (indireta) das obrigações, relacionando-se a dívidas vencidas⁵⁵⁶.

Além de ser oferecido em moeda corrente e nacional (real), deve o preço ser certo e verdadeiro, não se admitindo preço fictício. Por outras palavras, o preço “deverá ser sério, significando, portanto, que não poderá ser simulado, irrisório ou vil”⁵⁵⁷. Nesse sentido, afirma a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR):

Apelação cível. Ação revisional de contrato de compromisso de compra e venda. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado. Inocorrência. Preço inicial. Aquele constante no contrato. Interferência do Judiciário que não se admite. Desnecessidade de prova pericial. Sentença fundamentada adequadamente. Sentença mantida. Recurso não provido. O preço firmado pelas partes é elemento essencial da avença, devendo sempre ser hígido quando aderido espontaneamente pelas partes, sem a ocorrência de qualquer vício da parte da vendedora, como ocorre na espécie⁵⁵⁸.

Acrescente-se que a jurisprudência tem evoluído para considerar que a revisão judicial do preço ajustado em compromisso de compra e venda é inviável se livre é a manifestação das partes e inexistente qualquer vício social ou de consentimento. É como tem decidido o tribunal paranaense:

“O preço firmado pelas partes é elemento essencial da avença, devendo sempre ser hígido quando aderido espontaneamente pelas partes, sem a ocorrência de qualquer vício da parte vendedora, como ocorre na espécie”. (TJPR - 6ª C Cível - AC 0394371-3 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel. Des. Prestes Mattar - Unânime - j. 17.07.2007). Conclui-se, daí, que os autores aderiram de modo consciente ao preço ofertado, pois se não estivesse de acordo, poderiam pesquisar a compra de unidade em outro loteamento. Não há, assim, verossimilhança na tese segundo a qual as prestações sejam aquelas apontadas pela autora (R\$ 79,70), visivelmente inferiores ao que consta no contrato. Não é irregular a anotação da dívida em órgãos de proteção ao crédito se o comprador se encontra em mora. Diante do exposto, indefiro a tutela antecipada⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ “A dação em pagamento supõe dívida vencida. Se durante a vigência de uma obrigação credor e devedor acordam em modificar o conteúdo do crédito, substituindo a prestação convencionada, não há dação em pagamento”. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

⁵⁵⁷ SANTOS, Carlos André Busanello dos. **Compra e Venda Imobiliária com Cláusula Resolutiva em Função da Forma de Pagamento**: repercussão no registro de imóveis. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 21.

⁵⁵⁸ Brasil. Processo nº 668727-8, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, relatora Des. Ana Lúcia Lourenço, julgado em 17.08.2010, publicado no DJ nº 462, de 31.08.2010.

⁵⁵⁹ Brasil. Agravo de Instrumento nº 773402-1, 6ª Câmara Cível do TJPR, relatora Des. Ângela Khury Munhoz da Rocha, julgado em 03.05.2011, publicado no DJ nº 626, de 09.05.2011.

Por fim, a questão em torno do consentimento. Para Alberto Gosson Jorge Junior⁵⁶⁰, o consentimento é expressão

do princípio da *autonomia privada* porque existe em razão do poder que o ordenamento jurídico confere às pessoas de regularem sua vontade, com liberdade, desde que não atentem contra as normas de ordem pública, os bons costumes, e afinem seu procedimento à *função social* que o ordenamento espera desse negócio jurídico.

Essa liberdade, outrora absoluta no Código Civil Francês de 1804⁵⁶¹, encontra hoje limites no ordenamento jurídico brasileiro, o que exigiu pronta intervenção do Estado no sentido de evitar desequilíbrios, lesões e injustiças a um dos contratantes. Essa intervenção recebeu da doutrina o nome de dirigismo contratual. Melhor explicando, as profundas

mudanças operadas pela Revolução Industrial obrigaram o Estado a imprimir intervenções para fazer face à massificação das relações sociais e dos conflitos daí decorrentes. Por meio de uma política legislativa, altera o enfoque legal, criando regras programáticas, criando direitos sociais. O Estado social veio a impor-se⁵⁶².

Como exemplo dessa intervenção do Estado nos contratos, podem ser mencionadas a legislação da proteção ao consumidor, as teorias do enriquecimento sem causa e da imprevisão, a constatação da ilicitude por onerosidade excessiva, o instituto da lesão nos contratos e os novos princípios que norteiam as relações obrigacionais e contratuais. Estes são representados pela boa-fé objetiva, função social dos contratos e equilíbrio econômico e financeiro das prestações.

Destarte, pode-se afirmar que a livre manifestação de vontade, atualmente, deve estar em conformidade com os ditames da ordem jurídica, notadamente os princípios

⁵⁶⁰ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Requisitos do contrato. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 191.

⁵⁶¹ Sobre o tema, a reflexão de Georges Ripert: “Para afirmar todo o poder da vontade humana, criadora de obrigações, o Código Civil emprega no art. 1.134 a expressão mais enérgica que se pode encontrar: ‘as convenções legalmente formadas têm o valor das leis para aqueles que a fizeram’. Para quem se lembra do culto da lei durante o período revolucionário, esta fórmula parece extraordinariamente forte. Para chegar a esta concepção da vontade soberana, criando ela própria e unicamente pela sua força direitos e obrigações, foi preciso que na obra lenta dos séculos a filosofia espiritualizasse o direito para desembaraçar a vontade pura das formas materiais pelas quais se dava, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundando a própria sociedade sobre o contrato, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados livremente debatidos sobre o bem público. Pode então reinar a doutrina da autonomia da vontade que é ao mesmo tempo o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato”. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. 2. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 53-54.

⁵⁶² TAIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

constitucionais bem como aqueles que balizam o direito dos contratos, sob pena de o negócio jurídico celebrado ser considerado nulo ou sujeito à anulação. Soma-se a isso o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira⁵⁶³, para quem o consentimento gerador do contrato há de abranger três aspectos:

A – Acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há.

B – Acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergem a seu respeito, não pode haver contrato válido.

C – Acordo sobre as cláusulas que o compõem; se a divergência campeia em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato.

E é exatamente esse acordo mútuo de vontades⁵⁶⁴ em relação às cláusulas que compõem o negócio que legitima a incidência da cláusula resolutiva expressa, caso reste comprovado alguma das hipóteses anteriormente previstas pelas partes para o caso de resolução. Ora, se é certo que a funcionalização dos institutos também incide sobre o direito negocial, é igualmente certo que “a liberdade contratual, como manifestação da autonomia privada, em princípio permite aos particulares escolher os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas”⁵⁶⁵. Daí que, nesse âmbito,

diante da miríade de possibilidades que surgem, é especialmente importante ao intérprete fazer atenção ao perfil funcional do negócio realizado. Deve-se ter em vista os efeitos buscados, a função perseguida, naquele negócio concreto, de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada⁵⁶⁶.

Assim, se as partes, de livre e espontânea vontade, estipulam no contrato situações que, verificadas, sejam suficientes para resolver o negócio jurídico, entende-se pela total aplicabilidade do art. 474, primeira parte, do Código Civil Brasileiro, justamente para que o instituto da cláusula resolutiva expressa não reste mal ou subutilizado, evitando, com isso, uma judicialização desnecessária. Isso se dá até porque expressamente prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro a cláusula resolutiva.

⁵⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 28.

⁵⁶⁴ “Os contratos pressupõem ‘vontades’ e, por isso mesmo, pressupõem a existência de alguém que manifeste essa vontade; daí ser imprescindível a relação de sujeito: o sujeito em si mesmo não é suficiente, sendo necessário colocá-lo em relação com outro, donde surge a relação jurídica”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

⁵⁶⁵ 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: Padma, jul./set. 2010. v. 43, p. 34.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 34.

Em verdade, dar guarida e aplicabilidade à cláusula resolutiva expressa é também privilegiar os princípios e as funções exercidas pelos elementos que integram os contratos. Isso porque não pode o contratante fiel, simplesmente, sujeitar-se ao incumprimento obrigacional perpetrado pelo contratante infiel, notadamente quando este age imbuído pela má-fé e sabe, de antemão, que a sentença judicial resolvendo o contrato levará anos para ser proferida.

Não é razoável admitir, neste contexto, que alguém adquira um bem imóvel a prazo, com prestações mensais e sucessivas, pague apenas algumas poucas parcelas e, mesmo assim, edifique sobre o terreno a sua casa, alí residindo com sua família. Na prática, o que se verifica, na grande maioria das vezes, é que o comprador, agindo de má-fé, canaliza seus recursos para a edificação da casa, em detrimento do pagamento do terreno então adquirido, impedindo o vendedor de considerar resolvido o contrato e revendê-lo a outrem ou dar-lhe outra destinação.

A ausência de pagamentos mensais, apesar da edificação sobre o bem, pode gerar, no mais das vezes, grande desequilíbrio contratual, pois é comum o vendedor contar com os valores arrecadados com as contraprestações mensais para, por exemplo, concluir a infraestrutura do loteamento.

Daí a única alternativa do credor (vendedor), ante o incumprimento obrigacional do devedor (comprador), seria socorrer-se ao Poder Judiciário, cuja sentença, no atual cenário brasileiro, seria proferida após longos anos de litígio. Defende-se, pois, inexistir abuso ou ilegalidade se a cláusula resolutiva é livremente avençada pelas partes e se estas estão em situação de igualdade no contrato, mesmo sabendo que o problema maior do direito, na atualidade,

tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento de sua trajetória individual⁵⁶⁷.

E mais,

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. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no

⁵⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Na Medida da Pessoa Humana:** estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 47.

contrato que se encontrará remédio para tal carência. 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. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas⁵⁶⁸.

Por mais essa razão, corroborada pela autonomia⁵⁶⁹ que o ordenamento confere a ambos os contratantes, entende-se pela plena aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa, independentemente da intervenção do Poder Judiciário, desde que prevista e muito bem entendida por ambos os contratantes. Até porque representa, no mais das vezes, uma forma legalmente prevista de forçar o cumprimento obrigacional.

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a cláusula resolutiva também atende à função social do contrato, porquanto evita abusos e ilegalidades, impondo a ambos os contratantes a consciência de bem cumprir suas obrigações, cooperando para que o contrato alcance os fins desejados pelos contratantes.

3.2 Aspectos dinâmicos das relações obrigacionais e reais: interfaces de uma mesma moeda

Neste tópico, pretende-se discorrer sobre as semelhanças existentes entre os direitos pessoais e reais. Até porque a boa-fé encontra-se presente em todo o direito civil, não apenas no campo obrigacional, especificamente.

A relevância do assunto se justifica pelo fato de o contrato de compra e venda ter o condão de transferir a posse do imóvel adquirido ao comprador, cabendo às normas de direito real, por sua vez, a transmissão de sua titularidade, desde que satisfeitas as obrigações assumidas no contrato.

Para o direito brasileiro, o contrato por si só não se revela hábil a gerar a transmissão da propriedade, embora seja dela uma causa determinante. Melhor explicando, é “mister a realização de um daqueles atos a que a lei reconhece o efeito translático: a tradição da *res vendita*, se se tratar de coisa móvel; ou a inscrição do título aquisitivo no registro, se

⁵⁶⁸ 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: Padma, jul./set. 2010. v. 43, p. 57.

⁵⁶⁹ “Autonomia é o direito de se governar conforme as suas próprias leis e segundo a sua própria vontade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direitos civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 43.

for imóvel o seu objeto”⁵⁷⁰. Apesar de básica, percebe-se que a regra acima reproduzida em muito aproxima os direitos pessoais e reais. Nessa medida, afirma-se que esses dois direitos encontram-se umbilicalmente interligados, como verdadeiras faces de uma mesma moeda.

O direito das obrigações⁵⁷¹, de crédito ou simplesmente pessoais, constitui o primeiro dos cinco livros da parte especial do Código Civil, no que andou bem o legislador, pois um contrato é substancialmente formado por obrigações. Nesse contexto, informa-se que a cláusula resolutiva, além de instituto apto a fomentar a resolução do contrato, constitui verdadeira garantia (ou ao menos uma tentativa) de a obrigação ser cumprida, pois incute no devedor a consciência quanto à obrigatoriedade de honrar as obrigações assumidas no contrato, sob pena de o negócio ser resolvido.

Assim, resguardados os limites impostos pela lei, pelos bons costumes e pelos princípios gerais, o direito das obrigações apresenta-se “como a suprema expressão da liberdade individual, no exercício das atividades privadas de ordem patrimonial, o campo de eleição da *autonomia privada*”⁵⁷², muito embora seja a expressão em destaque criticada por Pietro Perlingieri⁵⁷³, que considera como mais adequado o termo autonomia negocial, apesar de não existir consenso doutrinário sobre ambos os termos, conforme visto no item 1.4.

O direito das coisas, por sua vez, encontra-se disciplinado no terceiro livro da parte especial do Código Civil, tendo sido redigido pelo Professor Ebert Chamoun⁵⁷⁴. Objetiva, basicamente, regulamentar as relações jurídicas concernentes aos bens materiais ou imateriais suscetíveis de apropriação pelo homem. Para tanto, estuda as relações entre os homens e as coisas, estando a matéria dividida em três grandes áreas: a posse, a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias.

⁵⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 152.

⁵⁷¹ Registre-se que a nomenclatura direito das obrigações já foi objeto de críticas doutrinárias. É o que se lê, por exemplo, em Antônio Chaves: “Tem sido observado que a locução «DObr» é equívoca, por reunir, qualificando uma a outra, duas expressões antônimas. Sendo o D o oposto da obr, não há como conciliar ambos numa única expressão. Mas a verdade é que, apesar de imprópria, adquiriu expressão universal, de modo que não há senão aceitá-la, procurando determinar-lhe o conteúdo”. **Lições de Direito Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1972, p. 41.

⁵⁷² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

⁵⁷³ Para Pietro Perlingieri, “a locução «autonomia privada» pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo «privada» corre-se o risco de gerar sérios equívocos. Quanto à expressão, bastante difusa, autonomia contratual, essa acolhe exclusivamente aquela atividade que se manifesta com a realização de um negócio bi ou plurilateral de conteúdo patrimonial; de modo que a locução mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia é aquela de «autonomia negocial», enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial”. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

⁵⁷⁴ “O Livro dedicado ao Direito das Coisas foi redigido pelo querido professor Ebert Chamoun. É um jurista de reconhecida cultura e elevado rigor técnico, qualidades que transparecem em relação à posse e a diversas soluções aventadas no âmbito dos direitos reais”. TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 151.

Todavia, apesar de estarem inseridos no âmbito das relações jurídicas patrimoniais⁵⁷⁵, há diferenças entre direitos obrigacionais e reais, bem como uma tendência em aproximá-los, até porque se entende, atualmente, que o crédito constitui verdadeira propriedade⁵⁷⁶.

Entretanto, apesar de o direito das obrigações e o direito das coisas estarem situados no âmbito das relações jurídicas patrimoniais, há distinções dignas de nota. Antes, porém, far-se-á um breve delineamento conceitual sobre ambos os institutos, a fim de facilitar a explicação em torno de suas principais características, distinções, semelhanças, situações limítrofes e até mesmo críticas a si dirigidas.

O instituto das obrigações (como todo o direito civil, de um modo geral), desenvolveu-se com o direito romano, em que a execução obrigacional recaía, inicialmente, sobre o corpo do devedor⁵⁷⁷ para, em um segundo momento, alcançar seu patrimônio. Esse fato só foi possível com o advento da Lei Petélia Papíria (*Lex Poetelia Papiria*).

Após o advento dessa lei, caiu por terra a regra então existente, passando a execução de uma obrigação, em caso de incumprimento, a recair sobre os bens do devedor, e não mais sobre o seu próprio corpo. Esse período passou a ser conhecido como o período de humanização da execução forçada⁵⁷⁸.

Feitas essas considerações, passa-se a reproduzir alguns poucos trechos doutrinários que definem a obrigação propriamente dita para, posteriormente, comparar o direito das obrigações com os direitos reais.

⁵⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2. No mesmo sentido, o pensamento de Lafayette Rodrigues Pereira: “Os direitos que formam o nosso patrimônio se dividem em duas classes: - direitos reais e direitos pessoais (obrigações)”. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 19.

⁵⁷⁶ A afirmação encontra respaldo em Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “É certo que atualmente há uma tendência de aproximação entre as situações reais e obrigacionais, enfraquecendo-se sensivelmente a dicotomia concebida pelos positivistas, sendo possível visualizar um sistema direcionado às situações patrimoniais como um todo, disciplinando o universo de relações econômicas envolvendo titularidades. Afinal, o crédito é uma propriedade – mesmo que incorpórea –, um bem jurídico afetado ao poder do credor, inserido em seu patrimônio, tal e qual a titularidade de bens imóveis e móveis”. **Direito das Obrigações**. 4. ed., 2. tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

⁵⁷⁷ A título elucidativo, reproduz-se parte da Tábua III da Lei das XII Tábuas (ano 450 a.C.): “se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre (tábua III, nn. 4-9)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33.

⁵⁷⁸ “Essas observações permitem que se tome em consideração outra linha evolutiva do direito romano, que também só pode ter seu curso na medida em que o Estado se consolidava e em que o poder de fazer cumprir o direito se jurisdicionalizava”. *Ibidem*, p. 32-33.

Invocando as fontes romanas, Marcelo Junqueira Calixto⁵⁷⁹ ensina que a “doutrina nacional basicamente salienta ser a obrigação um vínculo jurídico que une dois sujeitos, denominados credor e devedor, por força do qual este deve realizar em favor daquele uma prestação, consistente em um dar, fazer ou não fazer, sob pena de coerção judicial”.

No mesmo sentido, Orlando Gomes⁵⁸⁰: “obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito da outra”, podendo dita prestação ser positiva (dar, fazer) ou negativa (não fazer). Necessário, também, que essa prestação satisfaça o interesse do titular do direito de crédito, porque o vínculo se estabelece estritamente para esse fim.

Daí a importância de as partes preverem no negócio jurídico situações que, ocorrendo, possam ensejar a resolução do contrato, evitando, como várias vezes destacado neste texto, o longo e custoso caminho de uma demanda judicial.

Desses conceitos, extraem-se os elementos constitutivos das obrigações. A relação obrigacional é uma relação jurídica, entendida como o “vínculo que, nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente exigíveis, com vista à realização de determinadas finalidades”⁵⁸¹. Cumpre observar, também, que a qualidade de jurídica afasta a relação de todas as demais estranhas ao direito, como, por exemplo, as obrigações de cunho moral ou religioso, desprovidas de sanção jurídica⁵⁸².

As relações obrigacionais são preponderantemente transitórias, pois nascem com a finalidade de se extinguir. Vale dizer, alcançado determinado fim, extingue-se a obrigação. Essa afirmação, porém, deve ser recebida com ressalvas. Isso porque há obrigações que são permanentes, como aquelas derivadas do “sigilo médico ou das partes que negociam sobre informações confidenciais da empresa”⁵⁸³.

⁵⁷⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexos em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 2.

⁵⁸⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

⁵⁸¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

⁵⁸² Para Miguel Reale, a sanção é gênero de que a sanção jurídica é espécie, informando o autor que a sanção jurídica é caracterizada pela sua “predeterminação e organização”, não presentes nas sanções de ordem moral, por exemplo, cuja sanção se dá no foro íntimo. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 74.

⁵⁸³ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 124-125. Ao analisar caso concreto submetido à sua apreciação, relata Gustavo Tepedino que os contratantes estabeleceram, em escritura pública de compra e venda, dentre outras obrigações, a de que a compradora, por si e seus herdeiros, não poderia permitir, em hipótese alguma, que no *stadium* ou praça de esportes ou suas dependências se fizesse a venda, distribuição gratuita ou propaganda de produtos similares aos fabricados pela vendedora. Após analisar essa cláusula constante na escritura pública, concluiu o jurista que a “obrigação de não fazer torna-se, assim, oponível *erga omnes*, guardando eficácia real e sendo tendencialmente perpétua”, o que somente confirma a afirmação de que o assunto deve ser visto com ressalvas. **Autonomia privada e obrigações reais. Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 291.

A relação jurídica obrigacional une duas ou mais pessoas, no mais das vezes o credor e o devedor, em torno de uma mesma prestação. Sucintamente, porém, informa-se que, a partir da relativização do *res inter alios acta*, é possível que a relação obrigacional alcance determinada(s) pessoa(s) que não tenha(m), originária e diretamente, participado do vínculo obrigacional. Surge, pois, o que a doutrina convencionou chamar de efeitos internos e externos do contrato. Nesse sentido, a lição de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Luiza Lourenço Bianchini⁵⁸⁴:

Além da distinção entre princípio da relatividade e da oponibilidade, a doutrina refere-se também à diferença entre os efeitos internos e os efeitos externos do contrato. Os primeiros dizem respeito aos direitos e obrigações que decorrem para as partes do contrato; os últimos, ao seu turno, incidem sobre todos os membros da coletividade, que devem levar em consideração e respeitar o fato social do contrato, ainda que dele não façam parte.

Quanto ao objeto, pode-se afirmar que a obrigação constitui-se numa atividade do devedor em benefício do credor, que, como visto, pode apresentar-se de forma positiva (um dar ou um fazer) ou de forma negativa (um não fazer). Por conseguinte, a obrigação poderá ser não só positiva, como uma compra e venda, em que o vendedor deverá entregar a coisa e o comprador pagar o preço, como também negativa, como no caso daquele que se abstém de revelar segredo industrial.

Outra característica deve ser considerada. As obrigações apresentam cunho pecuniário. O direito das obrigações é essencialmente patrimonial, diferentemente de outros ramos do Direito Civil, como o direito de família, por exemplo, no qual há obrigações sem conteúdo econômico⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2012. v. 3, p. 459.

⁵⁸⁵ Cabe aqui uma explicação: “Não há dúvida de que qualquer espécie de interesse justifica a existência da obrigação; apenas para poder merecer tal conceituação técnica, o dever jurídico de caráter obrigacional, quando não cumprido, deve ser suscetível de transformar-se num valor econômico que o sujeito ativo exige do sujeito passivo. Se o dever jurídico não pode ser convertido numa indenização, por não ter valor econômico, não é obrigação. Nada impede, todavia, que as partes, criando uma multa ou pena convencional, dêem conteúdo econômico a um dever que normalmente não tem. O que caracteriza, pois, a obrigação é a sua *convertibilidade* num valor patrimonial”. WALD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5. Em sentido oposto, confira-se Fernando Noronha: “A verdadeira questão está sempre em discriminar interesses dignos de tutela jurídica e interesses não dignos. Se um interesse for socialmente sentido como digno de tutela, não é o fato de as obrigações normalmente dizerem respeito a necessidades econômicas que impedirá a aplicação das respectivas normas para atender a necessidades afetivas e outras, mesmo quando não exista uma contraprestação, nem se tenha fixado uma cláusula penal. Inversamente, se o interesse não for digno de tutela, não será a existência de contraprestação ou de cláusula penal que dará juridicidade à obrigação assumida. Assim, não terá juridicidade o contrato estabelecendo uma mera obrigação de cumprimentar, ainda que tenha uma contrapartida fixada em dinheiro”. **Direito das Obrigações**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

Em resumo, obrigação é o vínculo jurídico estabelecido entre duas pessoas, credor e devedor, conferindo àquele o direito de exigir deste o cumprimento de determinada prestação, cujo objeto normalmente consiste em uma prestação economicamente aferível em dinheiro.

Portanto, não há como fugir desse entendimento, isto é, de que obrigação, em sentido técnico⁵⁸⁶, é relação jurídica transitória mediante a qual o devedor se compromete a dar, fazer ou não fazer algo em benefício do credor, garantindo-lhe o cumprimento por meio de bens que integram o seu patrimônio, caso não haja satisfação espontânea da prestação assumida. Nesse importante ramo do direito civil, as pessoas têm ampla liberdade no externar sua vontade, desde que não desrespeitem os princípios gerais de direito, a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé objetiva, inclusive as funções daí decorrentes.

O direito das coisas, por sua vez, vem a ser “o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”⁵⁸⁷. Esse conceito, apesar de elaborado por Clóvis Beviláqua há décadas, é ainda atual, uma vez que “nem todas as coisas corpóreas ou incorpóreas são consideradas bens, mas só aquelas suscetíveis de apropriação e que podem constituir objeto de direito”⁵⁸⁸. Melhor explicando, nem todos os

bens interessam ao direito das coisas, pois o homem só se apropria de bens úteis à satisfação de suas necessidades. De maneira que se o que ele procura for uma coisa inesgotável ou extremamente abundante, destinada ao uso da comunidade, como a luz solar, o ar atmosférico, a água do mar etc., não há motivo para que esse tipo de bem seja regulado por norma de direito, porque não há nenhum interesse econômico em controlá-lo. Logo, só serão incorporados ao patrimônio do homem as coisas úteis e raras que despertam as disputas entre os homens, dando, essa apropriação, origem a um vínculo jurídico, que é o domínio⁵⁸⁹.

O direito das coisas, portanto, ocupa-se da relação existente entre uma pessoa e uma coisa, estando a matéria, como já mencionado, dividida em três áreas de estudo: a posse, a propriedade e os direitos reais sobre coisas alheias.

⁵⁸⁶ A palavra obrigação apresenta-se com um sentido amplo e outro restrito. No sentido amplo, “obrigação equivale a qualquer tipo de dever, seja moral, social, religioso, dentre outros, incluindo o dever jurídico. No sentido estrito, o significado dessa palavra cinge-se ao âmbito do Direito, correspondendo à idéia esboçada no conceito de obrigação, antes referido, segundo o qual, de um lado, o credor aparece a exigir do devedor, do outro lado da relação jurídica, a prestação consistente num dar, fazer ou não fazer alguma coisa”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 34.

⁵⁸⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 195_. v. 1, p. 11.

⁵⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7.

⁵⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4.

Em termos técnicos, surge também outro questionamento: saber se o nome que melhor se adapta à disciplina é direitos reais ou direito das coisas. Gustavo Tepedino⁵⁹⁰ dá a entender que ambos os termos são equivalentes, informando que o Código Civil preferiu adotar a expressão direito das coisas:

Por direito das coisas ou direitos reais designa-se tradicionalmente a categoria das relações jurídicas que regula a apropriação e a utilização dos bens jurídicos por parte dos homens. O Livro III da Parte Especial do Código Civil Brasileiro adota a expressão *direito das coisas*, na esteira do Código Civil Alemão, o *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch* –, ao contrário de outras legislações que preferem a designação direitos reais.

Apesar desse posicionamento, não há consenso doutrinário em relação à nomenclatura proposta, pois é certo que “muitos manuais escolares que versam o assunto referente ao direito das coisas acabam por levar o nome de direitos reais. Entretanto, o que parece mera escolha de título pode refletir uma falta de precisão conceitual a ela subjacente”⁵⁹¹.

O trecho reproduzido, da lavra de Luciano de Camargo Penteado, reflete o posicionamento adotado pelo autor no sentido de não aceitar a posse como sendo um direito real, justamente por não estar elencada no rol do art. 1.225 do Código Civil, que trata dos direitos reais. Defendendo o mesmo ponto de vista, entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵⁹² que

o direito das coisas não pode ser compreendido exatamente como sinônimo de direitos reais. Possui configuração mais ampla, abrangendo, além dos direitos reais propriamente ditos, capítulos destinados ao estudo da posse – cuja natureza jurídica é controversa, tida por alguns como de direito obrigacional – e dos direitos de vizinhança, classificados como obrigações mistas ou *propter rem*.

⁵⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 135. Darcy Bessone manifesta-se em igual sentido: “O estudo do direito das coisas ou dos direitos reais, através de matéria regulada no Livro II da Parte Especial do Código Civil (arts. 485 a 862), tem por objeto a propriedade, nos vários e relevantes aspectos que essa categoria oferece, notadamente no que concerne ao seu conceito, aos modos de adquiri-la e perdê-la, ao seu exercício (de direito e de fato), bem como os direitos reais sobre coisas alheias, que se consideram desmembrados da propriedade, compreendendo-se, neles, os de uso e gozo e os de garantia”. **Direitos Reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

⁵⁹¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 82.

⁵⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

Não é pacífica, portanto, a questão em torno da nomenclatura, o que se dá, basicamente, pela controvertida natureza jurídica atribuída à posse, ora entendida como um direito real⁵⁹³, ora um direito não real⁵⁹⁴, ora um fato com consequências jurídicas⁵⁹⁵.

Além disso, ressalve-se haver situações mistas, isto é, casos que apresentam características de direitos obrigacionais e reais, o que sobremaneira contribui para a afirmação de que ambos esses ramos se encontram umbilicalmente associados⁵⁹⁶.

De qualquer forma, para a teoria clássica ou realista⁵⁹⁷, os traços distintivos entre os direitos reais e obrigacionais são os seguintes: o direito real, que se define como “o poder jurídico, direto e imediato do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos”⁵⁹⁸, é exercido e recai diretamente sobre uma coisa, corpórea ou incorpórea. O direito obrigacional, por sua vez, tem como objeto relações entre duas ou mais pessoas (credor e devedor), sendo a relação, nesse sentido, intersubjetiva (*res inter alios acta*). Portanto, não vincularia outras pessoas além das partes contratantes.

⁵⁹³ “Caracterizada como direito, vem depois a discordância quanto à tipificação deste. Sem embargo de opiniões em contrário, é um direito real, com todas as suas características; oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado etc.”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. 21. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. IV, p. 22.

⁵⁹⁴ “Com efeito, na medida em que a posse é tutelada pelo sistema jurídico pátrio, conferindo aos seus titulares proteção aos interesses decorrentes dessa situação jurídica, é inegável que se reconheça que a posse tem configuração de direito. Ainda que não alcance a categoria de direito, é tutelada como se fosse, pois o próprio sistema a eleva a um patamar muito próximo àquela [...]. Assim, a posse é direito não porque o seja ontologicamente, mas devido à sua colocação nesta posição pelo nosso sistema jurídico. Porém, não é a posse direito real, bem como não são reais as ações possessórias, nada obstante cercarem-se de alguns atributos inerentes aos direitos reais, ao contrário do que afirmam vários doutrinadores”. CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção Processual da Posse**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

⁵⁹⁵ “A posse surge como um fato, mas a proteção da posse decorre da necessidade que a sociedade tem de impedir o exercício arbitrário das próprias razões. A posse, em si mesma, não é um direito, mas nas suas consequências ela o é”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75.

⁵⁹⁶ Explica Roberta Mauro e Silva que um “dos principais óbices à divisão dos direitos patrimoniais entre duas categorias são as chamadas ‘situações mistas’, que apresentam características tanto dos direitos reais quanto dos obrigacionais, o que dificulta a sua classificação em um ou outro campo. Dentre os direitos cujo ‘enquadramento conceitual’ é controvertido, talvez o exemplo mais significativo seja a obrigação *propter rem*”. *Relações Reais e Relações Obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 78.

⁵⁹⁷ Para Maria Helena Diniz, é “preciso deixar bem claro que essas teorias monistas não encontraram acolhida em nosso direito positivo, que consagra a já tradicional distinção entre direito real e direito pessoal feita pela *teoria clássica* ou *realista*; esta caracteriza o *direito real* como uma relação entre a pessoa (natural ou jurídica) e a coisa, que se estabelece diretamente e sem intermediário, contendo, portanto, três elementos: o sujeito ativo, a coisa e a inflexão imediata do sujeito ativo sobre a coisa e o *direito pessoal*, como uma relação entre pessoas (*proportio hominis ad hominem*), abrangendo tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo e a prestação que ao primeiro deve o segundo. Para Bonnacase, o direito real traduz a apropriação de riquezas, tendo por objeto um bem material, sendo oponível *erga omnes*, e o direito pessoal tem por objeto uma prestação de serviço (um ato ou uma abstenção), vinculando sujeito ativo e passivo”. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

⁵⁹⁸ PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das Obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 54.

A afirmação supra, como já alertado, deve ser vista com ressalvas por conta dos efeitos externos hoje admitidos pelo contrato⁵⁹⁹.

Desta forma, tem-se que o direito real é absoluto, exclusivo, exercitável *erga omnes*. Isso quer dizer que o direito vale contra todos⁶⁰⁰, sendo indeterminados os sujeitos da relação jurídica. O direito obrigacional, por sua vez, é relativo⁶⁰¹, pois a prestação, que é seu objeto, só pode ser dirigida contra um ou mais sujeitos determinados: os devedores da obrigação.

Daí o porquê afirmar João Manuel Carvalho Santos⁶⁰² que no direito real concorrem dois elementos: a pessoa (sujeito ativo) e a coisa objeto do direito e, no direito pessoal, por sua vez, três elementos: “a pessoa, sujeito ativo, ou seja o credor, a pessoa, sujeito passivo, ou seja o devedor, e a prestação ou o fato que forma o objeto do direito”. Mais adiante, afirma o autor que o

característico fundamental do *direito real* está, pois, para nós, em verdade, *no poder jurídico imediato da pessoa sobre a coisa*, nessa *relação íntima*, protegida pela lei contra todos, enquanto que o *direito pessoal* confere mais especialmente a faculdade de agir contra *determinada pessoa*, ou um limitado número de pessoas, para exigir a

⁵⁹⁹ Admitindo a oponibilidade dos contratos em relação a terceiros, remeta-se a CARDOSO, Patrícia Silva. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 20, out./dez. 2004, p. 125-150. Também, PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A Tutela Externa do Crédito e a Função Social do Contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, v. 2, p. 323-344.

⁶⁰⁰ “Logo, o sujeito passivo do direito real é toda a coletividade que deve abster-se de violá-lo, o que em doutrina identificou-se a hipótese como sendo o caráter *erga omnes*, vale dizer, consiste numa atitude de abstenção imposta à coletividade. A individualização do sujeito só ocorre quando de forma específica há transgressão daquele dever genérico de abstenção”. PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das Obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 55. Destarte, enquanto “as obrigações são consideradas relativas, por serem oponíveis apenas contra um ou mais sujeitos determinados, os direitos reais são oponíveis *erga omnes*, já que seu sujeito passivo é indeterminado, obrigando toda a coletividade a respeitar o vínculo existente entre o titular e a coisa”. SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 76.

⁶⁰¹ Fernando Noronha esclarece a distinção entre direitos absolutos e direitos relativos: “Constituem direitos absolutos aquelas prerrogativas que são eficazes *erga omnes*, isto é, contra todas as pessoas. Sendo eficazes contra todas as pessoas, pode-se dizer que os direitos absolutos têm sujeitos passivos indeterminados. Em contraposição, direitos relativos são as prerrogativas que se dirigem contra pessoas determinadas, só delas podendo ser exigida a sua realização, isto é, são direitos que têm sujeitos passivos determinados: por isso se diz que a sua eficácia é apenas *inter partes* [...]. Exemplos típicos de direitos relativos são os direitos de crédito e a generalidade dos direitos familiares. O direito de crédito, que é o que aqui interessa, é relativo, porque o credor pode exigir a realização da prestação só do devedor (ou dos devedores, no caso de serem dois ou mais) e, por outro lado, é necessário que o obrigado coopere, para que aquele possa realizar o seu direito”. **Direito das Obrigações**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65-66.

⁶⁰² CARVALHO SANTOS, João Manuel. **Código Civil Brasileiro Interpretado: direito das coisas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 6.

prestação, que é o seu conteúdo. Daí em regra, como consequência, os direitos de *sequela e preferência*, de que o direito real normalmente se apresenta revestido⁶⁰³.

E mais, o direito real caracteriza-se pela inerência ou aderência do titular à coisa, permitindo-o buscá-la onde quer que esteja, o que recebe da doutrina o nome de direito de sequela⁶⁰⁴, referindo-se Gustavo Tepedino, Heloiza Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁶⁰⁵ à ambulatoriedade:

A ambulatoriedade decorre diretamente da aderência do vínculo à coisa. Afirma-se que o dever jurídico correspondente ao direito real caminha com a relação jurídica e é, por isso mesmo, ambulante ou ambulatorio. Qualquer que seja o destino do imóvel dado em hipoteca, por exemplo, migre ele das mãos do antigo proprietário ou do devedor que lhe ofereceu em garantia para quem quer que seja, aos novos proprietários, aos quais sucessivamente é transferido o imóvel, vincula-se o gravame da hipoteca (Ebert CHAMOUN, *Direito Civil*, p. 8). A sequela, corolário da ambulatoriedade, traduz poder conferido ao titular de perseguir a coisa sobre a qual exerce o seu direito, nas mãos de quem a possua. No exemplo anteriormente configurado, o direito de sequela do credor hipotecário se verifica no poder que lhe é conferido de excussão do bem, para a satisfação da dívida garantida pela hipoteca, em face do proprietário atual, sem importar se o imóvel já fora vendido a terceiros.

Tal fato já não ocorre no direito das obrigações, não dotado de sequela. Assim, se o crédito representado por um cheque é transferido por meio do endosso, por exemplo, passa o título a ter ampla circulação, não cabendo ao credor primitivo buscá-lo nas mãos de quem detém, atualmente, a sua posse.

Soma-se a isso o entendimento de que, excetuados os casos especificados em lei, o credor, quando recorre à execução forçada, tem “apenas uma garantia geral do patrimônio do devedor, não podendo escolher determinados bens para recair a satisfação de seu crédito”⁶⁰⁶. Isso ocorre com os direitos reais, onde o objeto já é individualizado na

⁶⁰³ CARVALHO SANTOS, João Manuel. **Código Civil Brasileiro Interpretado**: direito das coisas. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 11.

⁶⁰⁴ Afirma Orlando Gomes que as características dos direitos reais são a sequela (CC, art. 1228) e a preferência, sendo a sequela o direito “que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor. Para significá-lo, em toda sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam usurpações; acompanhará sempre a coisa. Se grava determinado bem, como no caso de servidão, nenhuma transmissão afetará, pois, seja qual for o proprietário do prédio serviente, terá de suportar o encargo. Enfim, a inerência do direito ao seu objeto é tão substancial que o sujeito pode persegui-lo seja qual for a pessoa que o detenha”. O direito de preferência, por sua vez, “é restrito aos direitos reais de garantia”. **Direitos Reais**. 19. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

⁶⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III, p. 487-488. Luciano de Camargo Penteado, por sua vez, ensina que “Decorrência da inerência é o efeito da ambulatoriedade que têm os direitos reais. Eles acompanham o bem onde quer que ele vá ou se encontre, permitindo a sequela exercitável pelos mecanismos processuais idôneos”. **Direito das Coisas**. 2., rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 109.

⁶⁰⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7.

origem, a exemplo dos bens dados em garantia pignoratícia, anticrética ou hipotecária (CC, art. 1.424, inc. IV).

Nos direitos obrigacionais, por sua vez, o objeto da prestação pode ser coisa indeterminada⁶⁰⁷, podendo a obrigação, inclusive, referir-se à entrega de coisa referente a prestação futura, como já visto no item 3.1.

Em decorrência do poder de senhoria sobre a coisa, o direito real, regra geral, não comporta mais do que um titular. Nessa medida, o sujeito titular do direito real exerce seu poder sobre a coisa de forma direta e imediata, sem intermediários. O direito obrigacional, por sua vez, traz a noção de um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor) e a prestação devida por este àquele. Nesse aspecto, afirma-se que o direito real é atributivo, porque atribui uma titularidade, uma senhoria ao sujeito, enquanto o direito obrigacional é cooperativo, resgatando aí a ideia de cooperação muitas vezes observada ao longo deste texto.

O direito obrigacional concede um direito a uma ou mais prestações, a serem cumpridas por uma ou mais pessoas. O direito real, por sua vez, define inerência ou aderência da coisa ao titular, o que comumente se chama de soberania, poder ou senhoria sobre a coisa. Assim, cumpridas as exigências e formalidades legais, como a confecção da escritura pública e o registro do bem imóvel no cartório de registro de imóveis, por exemplo, as relações jurídicas de direito real passam a ser dotadas de publicidade⁶⁰⁸. A esse respeito, destaca Roberta Mauro e Silva⁶⁰⁹ que “a imposição do registro consubstancia apenas uma forma de se garantir maior segurança jurídica na circulação de bens, e não um traço distintivo entre obrigações e direitos reais”.

Diferentemente dos direitos obrigacionais, os direitos reais tendem a ser permanentes. Se alguém, por exemplo, é proprietário de um imóvel, sê-lo-á até que advenha situação jurídica modificando sua titularidade, não havendo, nesse sentido, um prazo

⁶⁰⁷ “Assim, os direitos reais versam sobre coisas certas e determinadas (2); as obrigações podem ter como objeto coisas indeterminadas, como sucede nas obrigações genéricas, pecuniárias e facultativas”. VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, p. 190.

⁶⁰⁸ “A publicidade decorre da segurança pretendida pelo ordenamento para as relações jurídicas de direito real. Sem a publicidade, com efeito, não seria possível conferir aos direitos reais a oponibilidade *erga omnes* (San Tiago Dantas, *Programa*, p. 193). Significa o princípio da ampla divulgação de todos os atos concernentes à constituição e à transferência dos direitos reais, de molde a que todos possam conhecer a relação jurídica a que estão adstritos a respeitar”. In: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III, p. 488.

⁶⁰⁹ SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 76.

previamente estipulado para a modificação na titularidade do bem, salvo disposição em sentido contrário.

Neste sentido, observa Roberta Mauro e Silva⁶¹⁰ que outro “traço típico das relações reais é a sua perpetuidade, já que a inação do titular não o fará perder o direito, diversamente do que ocorre com os direitos de crédito”.

No entanto, talvez uma das características mais marcantes se faça sentir no fato de os direitos reais se constituírem em *numerus clausus*. Isto quer dizer que somente podem ser considerados direitos reais aqueles elencados no art. 1.225 do Código Civil e em lei especial (e.g. propriedade fiduciária imobiliária, Lei Federal nº 9.514, de 20.11.1997). São direitos reais, portanto, somente aqueles criados por lei.

Os direitos obrigacionais, por sua vez, são em número aberto⁶¹¹, porque ilimitadas as vicissitudes decorrentes do convívio social, revelando-se praticamente impossível a tarefa de quantificá-los. Talvez por essa razão tenha Miguel Maria de Serpa Lopes⁶¹² afirmado que os “efeitos dos direitos reais são expressamente regulados pela lei, ao passo que os dos direitos obrigacionais o são pela liberdade de contratar”. Neste contexto, afirma Luciano de Camargo Penteado⁶¹³ que o

princípio da taxatividade dos direitos reais não está expresso na lei brasileira, mas parece perfeitamente dedutível do fato de que apenas está autorizada a atuação geradora de formas jurídicas novas no direito privado no campo do direito dos contratos (CC 425) e, ainda assim, desde que observadas normas gerais fixadas no Código, sob pena de ilicitude.

Em síntese, são essas as principais diferenças entre os direitos reais e os obrigacionais, informando-se, igualmente, que as “normas jurídicas gerais de direito das obrigações aplicam-se não apenas às espécies de obrigações previstas no Código Civil, mas a

⁶¹⁰ SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77. Sob a mesma perspectiva, a reflexão de João de Matos Antunes Varela: “Enquanto os direitos reais, especialmente os direitos reais de gozo, se constituem para *durar*, a fim de proporcionarem ao titular o uso ou fruição da coisa própria ou de certas utilidades das coisas alheias, os direitos de crédito nascem para ser cumpridos, ou seja, para se extinguirem”. **Das Obrigações em Geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, p. 19.

⁶¹¹ “Dizer que os direitos reais são *numerus clausus* significa afirmar que apenas e tão somente são direitos reais aqueles desenhados segundo este regime em lei. Diferentemente, os direitos obrigacionais são de número aberto, o que significa que a autonomia privada pode criar, para além dos modelos previstos em lei, espécies obrigacionais novas. Em matéria contratual, tal princípio está assegurado pelo CC 425”. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 104-105.

⁶¹² SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. II, p. 19.

⁶¹³ PENTEADO, op. cit., p. 105.

todas as relações jurídicas regidas pela legislação especial conexa”⁶¹⁴, até porque todas as pessoas são ou serão, em certa medida, credores e devedores.

As distinções existentes entre ambos os direitos não estão, evidentemente, isentas de questionamentos ou críticas. Inicialmente, informam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁶¹⁵ que a tradicional

dicotomia que opõe, de um lado, direitos reais e, de outro, os obrigacionais relativizou-se. Evidenciam-se em doutrina uma pluralidade de situações mistas que, não obstante se caracterizarem pelo dever geral de abstenção típico dos direitos reais, contêm, igualmente, obrigações recíprocas entre os centros de interesse envolvidos, como ocorre no usufruto. Em outras palavras, ‘não existe uma precisa separação entre situações creditórias e reais: frequentemente situações obrigacionais integram-se com interesses mais amplos e constituem situações complexas’ (Pietro Perlingieri, *Perfis*, p. 204).

Cite-se, a título de exemplo, as obrigações decorrentes dos direitos de vizinhas, previstas no art. 1.277 do Código Civil⁶¹⁶, doutrinariamente classificadas como *propter rem*. Realmente, além de não mais existir uma precisa distinção entre situações creditórias e reais, explica Pietro Perlingieri⁶¹⁷ que as características seqüela e preferência, inerente aos direitos reais, não se mostram suficientes para distinguir ambos direitos. Eis as palavras do jurista italiano:

Os dois tradicionais critérios discretivos do direito de seqüela e do direito de preferência, tidos como característicos das situações reais, não podem ser utilizados para fins de distinção. Em virtude do direito de seqüela, inerente ao bem, qualquer circulação do bem, qualquer mudança de titular, não teria influência na sobrevivência da situação real (reconhece-se na hipoteca um exemplo típico: art. 2.808 Cód. Civ.). Todavia, encontra-se a seqüela também em situações que a opinião comum assinala solidamente no campo dos direitos relativos: basta pensar na disciplina da locação, a qual prevê que a transferência da propriedade do imóvel não influi na relação de locação, que continua com o novo proprietário [...]. Observações não diversas podem ser feitas em relação ao pretense caráter do direito de preferência (o qual seria, além disso, próprio não de todos os direitos reais, mas somente daqueles reais de garantia: penhor e hipoteca).

⁶¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

⁶¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III, p. 486-487.

⁶¹⁶ “**Art. 1.277.** O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”.

⁶¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204-205.

Verifica-se, portanto, que “nem a sequela, nem a preferência são suficientes para inspirar uma distinção entre situações reais e de crédito”⁶¹⁸, residindo aí mais uma crítica à tradicional distinção apresentada pela doutrina. Para Roberta Mauro Medina Maia⁶¹⁹, porém, a

primeira crítica a ser feita com relação à distinção entre direitos reais e obrigações refere-se ao fato de que as características assim atribuídas a tais institutos não lhe seriam naturais, mas sim fruto da lenta evolução dos sistemas que hoje integram a família romano-germânica.

Refere-se a autora, mais especificamente, à evolução do sistema da *commom law* que, diferentemente do sistema romano-germânico, também conhecido por *civil law*, sequer teria previsto o conceito de obrigação, por exemplo⁶²⁰. Além dessa crítica, defende a civilista que as figuras mistas também “costumam servir de ponto de partida para as críticas eventualmente dirigidas à distinção entre direitos reais e obrigações”⁶²¹, justamente por suscitarem dúvidas em relação ao seu enquadramento.

O exemplo mais comum dessas figuras mistas seria as já mencionadas obrigações *propter rem*, *ob rem* ou deveres jurídicos de causas reais⁶²², justamente porque não guardam características exclusivas de direitos reais ou obrigacionais.

⁶¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205.

⁶¹⁹ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

⁶²⁰ “O direito das obrigações, ao qual acabamos de nos referir, constitui uma categoria fundamental em todos os direitos da família romano-germânica, e os juristas desta família têm dificuldade em conceder que uma tal categoria seja desconhecida noutros direitos, nomeadamente naqueles que pertencem à família da *common law*; o seu espanto transforma-se em estupefação quando verificam que o próprio conceito de obrigação, que para eles é elementar, é desconhecido, e que a palavra obrigação é intraduzível em inglês jurídico. A obrigação é, no sistema romano-germânico, o dever que incumbe a um indivíduo, o devedor, de dar, fazer ou não fazer qualquer coisa, em benefício de uma outra pessoa, o credor”. DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 91-92.

⁶²¹ MAIA, op. cit., p. 46. Pietro Perlingieri, de sua parte, acrescenta que ao “número fechado das relações reais se contrapõe uma escolha residual das relações obrigacionais. A contraprestação, todavia, vai perdendo os seus precisos confins. Existem situações mistas que têm caráter típico e tradicional dos direitos reais (*realità*) e das relações obrigacionais. Tome-se, por exemplo, o arrendamento rural, a locação de uma habitação e as situações em geral que são qualificadas como pessoais de gozo”, op. cit., p. 202.

⁶²² Para Nelson Nery Junior, as “obrigações *propter rem*, ou *deveres jurídicos de causa real*, são posições jurídicas passivas que adstringem o titular de uma situação de direito das coisas a um comportamento em face de um credor, comportamento este sempre de conteúdo positivo”. **Soluções Práticas de Direito**: direito privado 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. III, p. 138. Adiante, observa que a “contactação jurídica que o titular do direito real ou da posse tem com o bem *induz* o nascimento das obrigações *propter rem*. Sugere-se aqui a terminologia de *dever jurídico de causa real*, ou *dever jurídico com causa real*, justamente para evidenciar que a gama de realidades ora estudada têm a natureza e a estrutura de uma relação jurídica obrigacional como as demais, particularizando-se, entretanto, pela sua causa aquisitiva, pelo *factum antecedens* que desencadeia o vínculo. Ao invés de ser voluntário, como nos contratos, legal, como na responsabilidade delitual, um desequilíbrio patrimonial, como no enriquecimento injustificado, **a causa das obrigações *propter rem* é, apenas e tão somente, a titularidade de uma situação jurídica de direitos das coisas**”. *Ibidem*, p. 139.

Outra crítica alusiva à distinção refere-se à heterogeneidade dos direitos reais. Melhor dizendo, enquanto “os direitos de crédito se mantêm inalterados, resulte a obrigação do contrato ou do delito, tal uniformidade não se encontra nos direitos reais, cujos institutos, profundamente distintos entre si, possuem individualidade própria, específica”⁶²³. A afirmação se coaduna com a perspicaz afirmação de Roberta Mauro Medina Maia⁶²⁴:

A importância maior da obra de Giorgianni é reconhecer a heterogeneidade de figuras que, por força de sua inclusão no rol previsto pelo legislador em atenção ao princípio do *numerus clausus*, são transformadas, quase que por um passe de mágica, em direitos reais. Daí a doutrina ter, em diversas ocasiões, dirigido críticas à distinção, baseando-se justamente na heterogeneidade de tais figuras. Fazia isto com razão, justamente por não ser possível afirmar que todo direito real, apenas por ser real, será, por exemplo, passível de aquisição por usucapião ou não se extinguirá jamais pelo não uso. Nesse sentido, podemos mencionar as observações de E. Santos Júnior a respeito do hábito de distinguir direitos reais e obrigações com base em características como a perenidade daqueles e a transitoriedade destas. Conforme observa este autor, há obrigações que tendem a ser perenes, como as assumidas por força de um contrato de sociedade, e há direitos reais que se extinguem por seu próprio exercício, como ocorre com a hipoteca, onde também não haverá posse ou aquisição por usucapião.

De fato, em relação à perpetuidade dos direitos reais e transitoriedade dos direitos obrigacionais, afirma o supracitado E. Santos Júnior⁶²⁵ haver “certas características distintivas, que alguns autores apontam, mas que, não têm, como tal, senão um valor tendencial, mais ou menos relativo”. Como exemplo, menciona-se aquele já referido por Roberta Mauro Medina Maia, o que somente vem a comprovar não ser de todo correta a afirmação de que todos os direitos obrigacionais tendem a ser transitórios e de que todos os direitos reais tendem a ser perpétuos.

Há também críticas envolvendo os próprios direitos absolutos, justamente por ser praticamente impossível pretender que a eficácia do direito real repercuta em todo e qualquer lugar, exigindo de todas as demais pessoas um dever de abstenção. Ora, a ideia de direitos

absolutos, que ganhou força após a Revolução Francesa, tem recebido uma série de críticas nas últimas décadas. Arelada à doutrina personalista, a divisão dos direitos subjetivos entre relativos e absolutos passou a ser questionada na medida em que o conceito de relação jurídica foi sendo paulatinamente revisto. Nesse sentido, Francesco Santoro-Passarelli afirmava que conceber a relação jurídica não como

⁶²³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. II, p. 19.

⁶²⁴ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

⁶²⁵ SANTOS JÚNIOR, E. **Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 131.

relação necessariamente intersubjetiva, mas como a relação entre sujeito e norma jurídica, conduziria à impossibilidade conceitual de se configurarem direitos relativos, porque todos os direitos existiriam e produziriam efeitos perante toda a comunidade jurídica⁶²⁶.

Para melhor esclarecer a questão, transcreve-se questionamento formulado por E. Santos Júnior⁶²⁷:

Contudo, cabe perguntar: - Não será ainda uma outra característica distintiva dos direitos de crédito perante os direitos reais a relatividade daqueles, entendida como oponibilidade do crédito ao devedor e a inoponibilidade a terceiros, e a absolutidade destes, enquanto seriam oponíveis *erga omnes*? [...] Porém, independentemente do que se venha a entender por relatividade do crédito e do que se conclua a esse respeito, uma coisa, desde já, nos parece certa e deixa entreaberta a via do nosso pensamento: é que, e de acordo com o que referimos a respeito do conceito de direito subjectivo, um direito subjectivo, por o ser, deve ser respeitado por todos, seja ele um direito real ou um direito de crédito ou outro.

A prevalecer o entendimento exposto pelo autor, os direitos relativos (*e.g.* contratos) deveriam ser respeitados por todos. Em resumo, cláusulas formativas de um contrato deveriam ser respeitadas não apenas pelos contratantes, mas por toda a coletividade, a exemplo do que ocorre com a propriedade.

Porém, a dificuldade em opor direitos de créditos a terceiros estaria no fato de o ordenamento jurídico brasileiro não prever um critério eficaz para fazer com que esses direitos chegassem ao conhecimento das demais pessoas, notadamente quando o contrato celebrado pelas partes sequer é levado a registro. Enfim, a prevalecer esse pensamento, toda a divisão existente entre direitos reais e obrigacionais precisaria ser revista, pois ambos advêm do chamado direito subjectivo patrimonial. A propósito, segue o pensamento de André Pinto da Rocha Osorio Gondinho⁶²⁸:

De outra parte, é assinalável que, considerando-se como fundamento do direito real a *obrigação passiva universal*, para se utilizar a terminologia comum da literatura francesa, não haveria qualquer diferença entre os direitos reais e os pessoais, posto que também decorre do ordenamento um dever geral de não ingerência nas relações jurídicas alheias (*neminem laedere*), independente de sua natureza real ou pessoal. Assim sendo, pode-se dizer que, em linha de princípios, a lesão que um terceiro pratica contra um direito de crédito não deve ser cientificamente diferenciada da praticada contra um direito real.

⁶²⁶ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

⁶²⁷ SANTOS JÚNIOR, E. **Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 135.

⁶²⁸ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 43.

Esse posicionamento também repercutiria no conceito de relação jurídica, como afirmado. Nesse sentido, cláusulas e obrigações assumidas em contratos imobiliários – inclusive no que se refere à cláusula resolutiva expressa – deveriam ser observados por todas as pessoas, contratantes e não contratantes, pois o direito obrigacional, a exemplo do direito real, também seria oponível contra todos, aí incluídos terceiros que não participaram diretamente da contratação. Daí a correta colocação de Roberta Mauro Medina Maia⁶²⁹:

Em suma, não é mais possível afirmar que os direitos reais ou as obrigações continuam exatamente com as mesmas características a elas atribuídas nos últimos séculos sem antes refletir sobre a função que devem desempenhar nos dias de hoje. Como veremos, se a estrutura de um instituto jurídico não corresponde à função a ser desempenhada pelo mesmo, tal descompasso irá provocar uma série de problemas ao tráfego jurídico. Na verdade, ir à praia trajando roupa de baile não deve ser mesmo a melhor opção...

O pensamento vai ao encontro daquele defendido neste trabalho. Reafirma-se, pois, que a definição deve ceder espaço à função. Dito isso, retorne-se à questão anteriormente formulada: para que serve a cláusula resolutiva expressa em um contrato? Qual sua função?

Ora, desde que desejada e muito bem delineada e entendida por ambos os contratantes, defende-se a plena aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa, não havendo necessidade da intervenção do Poder Judiciário para declarar resolvido o contrato, como se verá logo mais. Assim, em contratos de compra e venda imobiliários, entende-se que, em caso de resolução ante a inobservância, por parte do comprador, da(s) obrigação(ões) prevista(s) no contrato, regra geral envolvendo o não pagamento pontual das prestações, deve o negócio jurídico ser reputado resolvido, de pleno direito, desde que essa situação esteja prévia e expressamente ajustada no contrato via cláusula resolutiva.

Nesse caso, caberá ao Poder Judiciário, tão somente, analisar eventual pedido de reintegração de posse a ser formulado pelo vendedor caso o comprador-inadimplente não restitua, voluntariamente, o imóvel objeto do contrato celebrado. Em havendo a restituição, deverá o vendedor restituir o preço recebido, descontadas as despesas operacionais com a contratação propriamente dita.

Por tudo o que se afirmou, talvez a última crítica a ser apontada seja quanto ao próprio conceito de obrigação. Atualmente, há verdadeira ampliação quanto aos conceitos de adimplemento e inadimplemento. Há deveres principais e acessórios, voltados à plena

⁶²⁹ MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59-60.

satisfação cooperativa no sentido de as obrigações serem efetivamente cumpridas. Fala-se, também, em funcionalização dos institutos. Todos esses elementos, por certo, devem integrar, doravante, o conceito de obrigações, demonstrando que o ordenamento jurídico está atento às nuances sociais, impostas pela vida dos homens em sociedade⁶³⁰.

3.3 O direito de retenção em condutas imbuídas de boa e má-fé

Neste tópico, abordar-se-á a possibilidade de o possuidor se valer do direito de retenção (*ius retentionis*) caso o contrato tenha sido resolvido por força da cláusula resolutiva expressa existente no negócio jurídico pactuado pelas partes.

Pense-se, por exemplo, na hipótese de o devedor, comprador de um bem imóvel, não estar cumprindo sua parte na relação obrigacional, legitimando o outro a exercer seu direito formativo no sentido de resolver o negócio ante a cláusula resolutiva expressa existente no contrato. É possível, e relativamente comum, que o devedor inadimplente, nessa fase em que se encontra a relação obrigacional, tenha edificado sobre o bem ou ali realizado obras voltadas ao seu embelezamento, melhoramento ou apenas necessárias à sua utilização, enfrentando, agora, a questão em torno da resolução.

No presente item, pretende-se verificar, pois, se o direito de retenção pode ser exercido por aquele que, mesmo inadimplente, tenha edificado no imóvel (acessão) ou ali realizado benfeitorias⁶³¹.

Para melhor compreender a questão, é necessário visitar os conceitos de acessão e benfeitorias. Explica Orlando Gomes⁶³² que, tecnicamente,

⁶³⁰ Para Maurício Mota, a “obrigação em sentido moderno começa a se esboçar a partir da promulgação do BGB em 1900 e, sobretudo, pela nova interpretação que a doutrina e a jurisprudência alemãs passam a elaborar a partir do § 242 do BGB em face da modificação revolucionária e incessante das circunstâncias econômicas e sociais no período entre guerras. Os arts. 157 e 242 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), dispunham: § 157 – Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico. § 242 – O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. A pós-eficácia das obrigações revisitada. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 20.

⁶³¹ “**Art. 96.** As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias. §1º. São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. §2º. São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem. §3º. São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”.

⁶³² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 160. Essa distinção é igualmente retratada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “As benfeitorias são as obras feitas na coisa com o objetivo de conservá-la (benfeitoria necessária), melhorá-la (benfeitoria útil) ou embelezá-la (benfeitoria voluptuária). Já as acessões são as obras que criam algo de novo que adere à propriedade preexistente”. Processo nº 2003.030357-0, 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relator Des. Stanley da Silva Braga, julgado em 12.04.2010.

accessão e benfeitoria são realidades jurídicas diversas. As benfeitorias são apenas despesas feitas com a coisa, ou obras nela, para conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. Já as acessórias artificiais ou industriais são obras que, na realidade, criam coisa nova que vem a aderir à propriedade preexistente. Em face dessa distinção, há quem negue aplicar às acessões a garantia do *direito de retenção*, porque o Código apenas previu, de forma expressa, para as benfeitorias úteis ou necessárias. No entanto, se me afigura mais razoável o ponto de vista daqueles que estendem o *jus retentionis* a todos os casos em que se introduzem melhoria na coisa alheia, seja como benfeitorias, seja como acessões (cf. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Direito de Retenção*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1957, pp. 177-178).

Revela-se necessário, também, revisitar conceitos em torno da posse, justamente para melhor entender a questão envolta aos embargos de retenção. Nesse sentido, há muito observou Rudolf von Ihering⁶³³ que a “posse é o poder de *fato*, e a propriedade o poder de *direito*, sobre a coisa”. Afirma o jurista alemão, na sequência, que onde “não pode haver propriedade, objetiva ou subjetivamente, tampouco pode haver posse. A posse e a propriedade andam de mãos dadas”⁶³⁴.

Realmente, o “desenvolvimento histórico da posse é marcado por sua constante submissão ao instituto da propriedade”⁶³⁵, o que corrobora a afirmação de que ambos os assuntos se encontram intimamente relacionados. Academicamente, porém, costuma-se estudar a posse e seus desdobramentos para, somente então, dedicar-se ao estudo da propriedade.

O presente texto seguirá esse padrão, ainda que se limite a um breve estudo desses institutos. Assim, na linha do pensamento desenvolvido por Ihering, a posse seria o poder de fato sobre a coisa, a visibilidade do domínio, isto é, não haveria a necessidade de o possuidor querer ser dono da coisa, bastando agir em relação a ela como se dono fosse, sem necessariamente sê-lo ou pretender sê-lo.

Dessa forma, para o então Professor da Faculdade de Direito de Berlim, a posse seria a “*exterioridade*, a *visibilidade* da propriedade”⁶³⁶. É o caso do locatário em relação ao bem locado, do comodatário em relação à coisa tomada por empréstimo gratuito, por exemplo.

⁶³³ IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. 2. ed., Bauru: EDIPRO, 2002, p. 12.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁶³⁵ GUERRA, Carlos Eduardo; SANTOS, Madalena Alves dos. A Tutela da Posse: novas possibilidades. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III, p. 473.

⁶³⁶ IHERING, op. cit., p. 34.

Nessa medida, colhe-se “da doutrina que possuidor é aquele que atua frente à coisa como se fosse proprietário, pois exerce alguns dos poderes inerentes ao domínio e à posse”⁶³⁷. Daí decorre que o possuidor é presumivelmente o proprietário da coisa.

Em linhas gerais, é essa teoria, dita objetiva, a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (Código Civil, art. 1.196⁶³⁸), em contraste com a teoria subjetiva, admitida em Portugal⁶³⁹ e de autoria do igualmente alemão Friedrich Carl von Savigny. Segundo ele, possuidor seria aquele que, além de exercer poder sobre a coisa (*corpus*), teria a intenção de se tornar dono (*animus domini*)⁶⁴⁰. Para Savigny, portanto, possuidor seria aquele que, além de exercer inflexão sobre a coisa, teria a intenção de ser tornar seu proprietário. Não é, como visto, a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, destacando Carlos Eduardo Guerra e Madalena Alves dos Santos⁶⁴¹ que

Ihering não adota como critério o poder físico sobre a coisa, tampouco o elemento subjetivo, utilizando como parâmetro para a aferição da existência de posse a exteriorização do exercício do direito de propriedade, que se traduz no comportamento semelhante ao proprietário. Para Ihering, como a posse é um fenômeno social, para que se identifique tal situação deve-se recorrer ao juízo dos integrantes da sociedade. A teoria destaca a destinação econômica da coisa, eis que é sua destinação usual que indicará a ocorrência da posse.

Acrescente-se que Ihering não nega a existência do *animus domini*. Diz, apenas, que “o *corpus* é sua exteriorização e que, uma vez verificada a existência deste, torna-

⁶³⁷ Brasil. AgRg no Ag 29384-MS, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Min. Waldemar Zveiter, julgado em 09.02.1993, publicado no DJ de 22.03.1993, p. 4541.

⁶³⁸ “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

⁶³⁹ “Não é possível negar que a lei portuguesa se inspirou intencionalmente na doutrina subjectivista de SAVIGNY, continuando a maioria da doutrina e da jurisprudência a defender essa solução. Efectivamente, o art. 1253º a) e c) introduzem no âmbito da detenção o exercício do poder de facto sem intenção de agir como beneficiário do direito, e o exercício da posse em nome alheio, o que corresponde à exigência do *animus domini* para caracterizar a posse, qualificando como detenção os casos em que não se tem a intenção de possuir a coisa para si, designadamente quando a intenção é a de possuir para outro (*nomine alieno*), o que corresponde à formulação subjectivista. Recorde-se que para JHERING tanto há *animus* na posse como a detenção, sendo irrelevante se se possui em nome próprio ou em nome alheio. Não admira, por isso, que a maioria da doutrina portuguesa continue a defender a concepção subjectivista de SAVIGNY”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direitos Reais**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 115-116.

⁶⁴⁰ “As principais ideias de Savigny no tocante ao tema encontram-se elaboradas na obra intitulada ‘Tratado sobre a posse’, do ano de 1803. Nela, o autor conceitua a posse como sendo a união entre dois elementos: o *corpus* e o *animus domini*. O *corpus* diz respeito ao mundo físico e consiste no poder físico que uma pessoa possui sobre uma coisa. O *animus domini*, por sua vez, corresponde ao elemento subjetivo, identificado com a intenção do sujeito de ter como sua, ou seja, se tornar proprietário da coisa. A teoria subjetiva não foi adotada pelo Código Civil brasileiro em relação ao conceito de posse. Entretanto, encontra-se presente em outros dispositivos, tais como os relativos à usucapião e à perda da propriedade pelo abandono”. GUERRA, Carlos Eduardo; SANTOS, Madalena Alves dos. A Tutela da Posse: novas possibilidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III, p. 474.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 474-475.

se desnecessário demonstrar a vontade de ser proprietário, pois ela seria implícita”⁶⁴². Em resumo, para

Savigny, a posse consiste no poder de dispor fisicamente da coisa, com intenção de dono e de defendê-la contra terceiro. Inferem-se imediatamente, os dois elementos essenciais desta teoria, vale dizer, de um lado, o elemento material que Savigny denominou *corpus*, refletindo a apreensão física da coisa, e de outro lado, o elemento moral, denominado *animus domini*, *animus possidendi*, *animus rem sibi habendi*, ou, simplesmente, *animus*, a significar a intenção de ter a coisa como própria, de agir como se seu dono fosse, de comportar-se como seu proprietário o faria.

Segundo Savigny, a posse só estaria caracterizada se concorressem ambos os elementos, pois, faltando *corpus*, inexistiria a relação pretendida, e faltando *animus*, não haveria posse, mas tão apenas mera detenção, circunstância incapaz de gerar efeitos jurídicos.

Von Ihering, por sua vez, opositor de Savigny, autor da teoria objetiva, considerou que a *posse é a condição do exercício da propriedade*, pois esta sem aquela é *como um cofre sem chave*⁶⁴³.

Por representar a exteriorização da propriedade, na linha defendida pela teoria objetiva, afirma-se que a posse pode tranquilamente conduzir à propriedade, sendo a aquisição pela usucapião, por exemplo, um de seus efeitos.

Sob essa perspectiva, dentre as três formas previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro para se adquirir a propriedade de bem imóvel – acessão, usucapião e registro do bem no cartório de registro de imóveis – interessa mais de perto ao presente texto a terceira forma, representada pela apresentação do título, no mais das vezes uma escritura pública, no cartório de registro da sede do imóvel.

Desse modo, aquele que celebra contrato visando adquirir imóvel urbano, com pagamentos mensais e sucessivos, será reputado possuidor até o momento em que, quitado o preço, apresentar a competente escritura pública no cartório de registro da sede do imóvel, segundo a regra prevista no §1º do art. 1.245 do Código Civil⁶⁴⁴.

Isso quer dizer que a “transferência da propriedade imobiliária somente ocorre com o registro do título aquisitivo perante o Cartório de Imóveis, mantendo-se o alienante na condição de dono enquanto não observada tal formalidade (art. 1.245, §1º do

⁶⁴² GUERRA, Carlos Eduardo; SANTOS, Madalena Alves dos. A Tutela da Posse: novas possibilidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III, p. 475.

⁶⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos: em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003. v. 14, p. 101.

⁶⁴⁴ “Art. 1.245, §1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”.

CC/02)”⁶⁴⁵. Em um só termo, enquanto não se registrar a coisa imóvel no cartório de registro imobiliário, o adquirente será considerado possuidor, não proprietário.

Destarte, excetuando-se a regra do art. 108 do Código Civil⁶⁴⁶, o contrato não opera a transferência da propriedade. Gera, apenas, um direito de crédito. No direito brasileiro, é somente o registro do bem imóvel no cartório imobiliário competente que opera a aquisição da propriedade, servindo o registro da coisa, também, para criar o direito real, com oponibilidade *erga omnes*, isto é, contra todos.

Acrescente-se que a posse, assim como a propriedade, também produz consequências. São os chamados efeitos da posse. Dentre estes⁶⁴⁷, interessa mais de perto ao presente trabalho o direito de retenção e a indenização por benfeitorias.

Isso ocorre porque, na prática, é relativamente comum o comprador (devedor) de um imóvel deixar de quitar suas obrigações contratuais junto ao vendedor (credor) ao tempo em que edifica sobre o terreno pendente de pagamento ou ali realiza obras para torná-lo mais prazeroso, útil ou até mesmo necessárias à sua conservação.

Nessa medida, resta saber se o possuidor inadimplente pode, ou não, valer-se do *ius retentionis* ante o incumprimento obrigacional perpetrado, não obstante haver, no contrato, cláusula resolutiva expressa autorizando a resolução.

Quanto à sua origem, tudo indica que “o direito de retenção é criação romana”⁶⁴⁸, tendo o instituto surgido na época do Imperador Justiniano. Daí o porquê da afirmação de José Carlos Moreira Alves⁶⁴⁹:

No direito justinianeu, pelo que é possível inferir das soluções casuísticas das fontes, o direito de retenção (*ius retentionis*) é a faculdade – desde que não seja afastada por convenção ou proibida por dispositivo legal – que tem alguém de reter coisa alheia,

⁶⁴⁵ Brasil. Apelação Cível nº 1.0079.13.017151-9/001, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatora Des. Áurea Brasil, julgado em 16.03.2016.

⁶⁴⁶ “**Art. 108.** Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no país”.

⁶⁴⁷ A despeito da divergência doutrinária que permeia a matéria, Caio Mário da Silva Pereira elenca os seguintes como efeitos da posse: a) usucapião; b) presunção de propriedade; c) percepção dos frutos; d) direito de retenção; e) indenização pelas benfeitorias; f) ações possessórias; g) autodefesa da posse. **Instituições de Direito Civil:** direitos reais. 21. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. IV, p. 50-51.

⁶⁴⁸ Nesse sentido, confira-se o pensamento de Renato Ventura Ribeiro: “o direito de retenção é criação romana. A primeira menção é do final da República, em *D. 14, 2, pr.* Surge do direito pretoriano, como *exceptio doli generalis*, em oposição à *rei vindicatio* do dono da coisa. Baseava-se no princípio da equidade, para assegurar ao possuidor de coisa alheia uma garantia de pagamento pelos gastos como o bem. Assim, com fulcro no *princípio exceptio doli generalis* e na equidade, o pretor concedia a *exceptio doli jure retentionis* para suprir a falta de ação no processo formulário”. Direito de Retenção no Contrato de Empreitada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais:** obrigações e contratos: serviços e circulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6, p. 269.

⁶⁴⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 416-417.

que detinha ou possuía por título legítimo, até que seu dono satisfaça, em favor daquele, obrigação relativa a essa coisa.

Ainda previsto no ordenamento jurídico, o instituto encontra guarida no art. 1.219 do Código Civil⁶⁵⁰, que dispõe ter o possuidor de boa-fé o direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias⁶⁵¹. Pode, porém, levar estas últimas, caso não lhe sejam pagas, desde que não haja prejuízo à coisa. O texto do art. 1.219 é ainda expresso ao “prever o direito de retenção apenas nos casos de benfeitorias necessárias e úteis, excluindo as voluptuárias”⁶⁵².

Consiste o direito de retenção, pois, em um instrumento posto à disposição do devedor (possuidor) para reaver os gastos havidos com a conservação ou melhoramento da coisa, evitando, com isso, enriquecimento ilícito da parte contrária. Por outras palavras, o

jus retentionis é um meio direto de defesa que a lei, excepcionalmente, concede ao possuidor para, por meio de embargos de retenção, conservar em seu poder coisa alheia além do momento em que a deveria devolver, como garantia de pagamento das despesas feitas com o bem, apuradas mediante perícia avaliatória [...]. Permite que o possuidor se oponha à restituição da coisa até ser pago, o que se justifica em razão da equidade, que não se compraz com o fato de o possuidor devolver o bem para somente depois ir reclamar o que lhe é devido⁶⁵³.

Há também a regra do Enunciado 81 do Conselho da Justiça Federal, cujo teor é o seguinte: “O direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações), nas mesmas circunstâncias”. E os embargos à retenção, como visto, são o meio processual previsto para o exercício dos *ius retentionis*⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ “**Art. 1.219.** O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levanta-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

⁶⁵¹ Quanto às benfeitorias voluptuárias, entende Arnaldo Rizzardo não ser cabível a afirmada indenização, veja-se: “As voluptuárias simplesmente embelezam a propriedade, tornam mais agradável o aproveitamento e servem para o deleite ou para o recreio no uso habitual. Concretizam-se, v.g., na pintura de uma casa, na escavação de um açude ou construção de uma piscina e no ajardinamento do terreno. Segundo o art. 1.219 do CC, não se indenizam estas benfeitorias, mas podem elas ser levantadas pelo que as fez, e se possível”. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano:** Leis 6.766/79 e 9.785/99. 7. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 189.

⁶⁵² RIBEIRO, Renato Ventura. Direito de Retenção no Contrato de Empreitada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais:** obrigações e contratos: serviços e circulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6, p. 283.

⁶⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** direito das coisas. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97.

⁶⁵⁴ Acrescenta Cláudia Aparecida Cimardi que “os embargos de retenção têm como objeto a suspensão de efetivação da devolução de determinado bem que se encontra na posse do possuidor de boa-fé, até que seja efetivado o reembolso pelas benfeitorias”. **Proteção Processual da Posse.** 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

Em relação às voluptuárias, como afirmado, pode o possuidor de boa-fé, se achar conveniente, igualmente pleitear uma indenização. Todavia, se não houver pagamento, poderá o possuidor, então, retirar ou levantar a coisa se a situação assim o permitir e desde que não haja prejuízo ou destruição ao imóvel. Não poderá o possuidor, porém, valer-se de ação judicial para obrigar o proprietário a indenizar ou restituir essa benfeitoria, de modo que se a coisa não puder ser removida, simplesmente perdê-la-á o possuidor⁶⁵⁵.

Já no que se refere ao possuidor de má-fé, a regra do art. 1.220 do Código Civil⁶⁵⁶ diz que serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias, não lhe assistindo o direito de retenção tampouco o direito de levantar as voluptuárias. É a lição de Orlando Gomes⁶⁵⁷:

Ao possuidor de má-fé, posto que tenha direito ao ressarcimento, não se atribui o *jus retentionis*. Uma corrente doutrinária insurge-se contra esse tratamento, objetando ser ilógico recusar-se esse meio de defesa quando se concede direito muito mais vigoroso como é o da indenização. Diz-se, ainda, que não é justo pôr o possuidor de má-fé em posição de inferioridade ao possuidor de boa-fé, quando a ambos a lei reconhece ‘direito igual ao ressarcimento das benfeitorias necessárias’. Não obstante, a distinção tem força histórica e é geralmente admitida. Como o *jus retentionis* é remédio defensivo de ação pronta e decisiva, para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação prevista na lei, entende-se que não deve ser concedido a quem detém a coisa na convicção de que não pode possuí-la. O possuidor de má-fé, ao introduzir melhoramentos destinados à conservação da coisa, tem plena consciência de que beneficia bem de outrem, razão por que não age de boa-fé, e, não tendo poder legítimo, pois que adquirido de forma ilegal, falta-lhe aptidão para exercer um direito que pressupõe a legitimidade da causa desse poder.

O possuidor de má-fé, portanto, “só é ressarcido do valor das benfeitorias necessárias, executadas para a conservação da coisa, devido ao princípio de que ninguém deve enriquecer sem causa”⁶⁵⁸.

Em resumo, ao possuidor de má-fé serão somente ressarcidas as benfeitorias necessárias, não tendo direito de retenção. Não pode, igualmente, levantar as voluptuárias tampouco ser ressarcido pelas úteis. Destarte, se o proprietário recusar-se a indenizar as benfeitorias necessárias, o possuidor deverá restituir a coisa e depois cobrar-lhe seu valor, via ação autônoma.

⁶⁵⁵ “Nos termos do art. 1.219 do Código Civil, as benfeitorias voluptuárias não são passíveis de indenização, ainda que o possuidor esteja de boa-fé. É possível apenas e tão-somente o seu levantamento na hipótese em que não gerar dano ou detrimento ao imóvel”. Apelação Cível nº 0020837-27.2010.8.24.0020, 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relator Des. Luiz César Medeiros, julgado em 23.05.2016.

⁶⁵⁶ “**Art. 1.220.** Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias”.

⁶⁵⁷ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed., rev., atual. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 87-88.

⁶⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99.

Diante desse cenário, surgem três indagações: a) seria possível reputar de má-fé aquele que não cumpre o contrato, mas encontra-se na posse do bem imóvel e ali realiza benfeitorias ou acessões? b) à luz da função social da posse, haveria alguma mudança de entendimento quanto à utilização dos embargos de retenção? c) seria válida a cláusula resolutiva expressa no contrato dando conta de que o incumprimento obrigacional acarretaria a perda das acessões ou benfeitorias?

De forma objetiva, explica Caio Mário da Silva Pereira⁶⁵⁹ que se considera “de má-fé aquele que possui na consciência da ilegitimidade de seu direito”. Imagine-se, pois, o comprador de um bem imóvel que, a despeito da cláusula resolutiva expressa existente no contrato, edifica no bem, ali construindo sua residência, mas não honra, de forma pontual, o pagamento das parcelas mensais, causando danos ao dono do imóvel e evidente desequilíbrio ao contrato. Seria possível reputá-lo possuidor de boa-fé?

Para tentar responder à questão, aponta-se inicialmente a dificuldade de se investigar a má-fé, porquanto ligada ao íntimo da pessoa, ao seu aspecto intencional⁶⁶⁰. Ora, se o possuidor está convencido de que sua posse é legítima, ausente de vícios, estará agindo de boa-fé. Caso contrário, se os vícios não são ignorados, estará agindo de má-fé, pois sabe que sua posse é irregular. A prova, no entanto, não é de fácil constatação.

Talvez por conta disso tenha o Superior Tribunal de Justiça decidido que a “perda da boa-fé pode ser aferida por um critério objetivo, exteriorizada por fatos, indícios e circunstâncias que revelam uma situação subjetiva”⁶⁶¹.

Destarte, a partir de uma interpretação civil-constitucional do art. 1.202 do Código Civil⁶⁶², “percebemos que a conversão do estado psicológico do possuidor requer circunstâncias objetivas e indúvidas”⁶⁶³.

Havendo, pois, cláusula resolutiva expressa referente ao não pagamento das prestações mensais, por exemplo, crê-se que a posse de boa-fé transmuda-se para posse de má-fé se o possuidor edifica sobre o terreno adquirido ao mesmo tempo em que deixa de

⁶⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. 21. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. IV, p. 24.

⁶⁶⁰ Nesse sentido, acrescentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ser “humanamente impossível ingressar no íntimo de cada pessoa para desvendarmos se ela conhecia ou não determinada circunstância”. **Direitos Reais**. 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107.

⁶⁶¹ Brasil. REsp 298368-PR, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Min. Luiz Fux, julgado em 10.11.2009, publicado no DJe de 04.12.2009.

⁶⁶² “**Art. 1.202.** A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”.

⁶⁶³ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 107.

efetuar o pagamento dos valores mensais devidos ao vendedor, livremente assumidos no contrato celebrado.

Portanto, a despeito de sua intenção, crê-se que as circunstâncias objetivas permitem concluir que a posse agora é de má-fé à medida em que o contrato não está sendo cumprido, edificando o possuidor sobre o terreno adquirido, de propriedade de outrem. Sob essa perspectiva, lembre-se que a tão mencionada ideia de cooperação entre os contratantes não pode se confundir com o inadimplemento. Ao contrário, a cooperação deve conduzir ao cumprimento das obrigações contratuais, aqui representado pelo pagamento.

Assim, não deve ser admitido o fato de o comprador não reunir forças para honrar as prestações mensais devidas ao tempo em que dispõe de recursos para edificar sobre terreno adquirido, ainda pendente de pagamento.

Por conseguinte, havendo cláusula resolutiva muito bem delineada na avença, acredita-se estar correto o pensamento exposto e defendido por Arnaldo Rizzardo⁶⁶⁴: “Nem se reconhece a boa-fé desde que o possuidor tenha ciência da rescisão do contrato. A recusa, neste caso, à restituição configura esbulho possessório, pois torna-se a posse precária, o que faz perfeitamente admissível a reintegração”.

Defende-se, pois, que a inobservância da cláusula resolutiva expressa no contrato opera de imediato os efeitos resolutórios. Isso legitima o contratante inocente a reputar de má-fé a ação (ou omissão) engendrada pelo contratante faltoso que, não obstante ter concordado com o minucioso teor da cláusula resolutiva, não honra o pagamento dos valores mensais devidos ao tempo em que edifica sobre imóvel alheio.

Com razão, pois, Christophe Paulin⁶⁶⁵ quando afirma que “*est de mauvaise foi celui qui refuse d’exécuter son obligation*”, isto é, está de má-fé aquele que se recusa a cumprir sua obrigação.

Esse entendimento, salvo melhor juízo, pode apenas sucumbir ante a teoria do adimplemento substancial, ocasião em que o devedor inadimplente poderá, inclusive, ser mantido na posse do bem⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44.

⁶⁶⁵ PAULIN, Christophe. **La Clause Résolutoire**. Paris: LGDJ, 1996. t. 258, p. 85.

⁶⁶⁶ “1. Constatada o adimplemento contratual da parte até a data da propositura da ação, incabível a resolução do negócio jurídico firmado por ausência de motivo determinante a justificar a medida. 2. A teoria do adimplemento substancial deve ser aplicada quando constatada que a parte inadimplente deixou de cumprir parte ínfima de sua obrigação contratual, devendo, assim, ser mantida a relação jurídica travada entre os contratantes em respeito aos princípios basilares da teoria geral dos contratos, como a função social do contrato e boa-fé objetiva. 3. Mantido o contrato de compra e venda de imóvel, torna-se devida a manutenção da posse do comprador, quando já estava na fruição do bem alienado”. Apelação Cível nº 1.0024.12.178212-2/001, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator Des. Luiz Artur Hilário, julgado em 11.08.2016.

A par dessa questão, surge também a preocupação em saber se os embargos de retenção podem ser utilizados, além dos casos legalmente previstos, em atenção ao que se convencionou denominar função social da posse, instituto que também deve cumprir funções sociais⁶⁶⁷. Ao tratar do assunto, ensina Ricardo Aronne⁶⁶⁸ que a

posse somente ganha trânsito jurídico, quando se apresenta funcionalizada, quando é instrumento de funcionalização da propriedade. Dessa forma, tal qual a posse se apresenta autônoma em face da propriedade, há de se reconhecer a autonomia da função social da posse em relação à função social da propriedade, tal qual dignidade e igualdade se apresentam como noções autônomas.

Neste contexto, segue o autor explicando que “a posse somente é apta a ser tutelada quando se mostrar funcionalizada pelo respectivo possuidor, ou ainda, como pode advir da imissão, a tutela servir de instrumental para a funcionalização do bem”⁶⁶⁹. Prevalece aqui, como de resto em todo o ordenamento jurídico, a existencialidade sobre a patrimonialidade. Por conseguinte,

a posse adquire valor na medida em que constitui uma forma de efetivar direitos fundamentais. Através dela, é possível concretizar, por exemplo, o direito à moradia e ao trabalho. Por isso, admite-se a existência de uma função social da posse, a qual é apta a justificar sua tutela até mesmo quando conflite com o direito de um proprietário⁶⁷⁰.

Surge, portanto, a dificuldade em se responder a questão posta, pois, no mais das vezes, o possuidor, apesar de legitimar o direito formativo de resolver o contrato por parte do contratante fiel, edifica sobre o imóvel e ali reside com toda a sua família.

⁶⁶⁷ Explica Roberto Wagner Marquesi que a “despeito de largamente empregado como um atributo que deve qualificar o instituto da propriedade, o termo *função social* já não pode ser encarado apenas sob a ótica do domínio. Hoje, a dinâmica das relações oriundas dos direitos reais permite ver na posse também um instituto cumpridor de escopos sociais”. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. 2. ed., rev., atual e ampl., Curitiba: Juruá, 2012, p. 121. Isso equivale a dizer que a “lei, ao lado da garantia e proteção que confere à propriedade, estabeleceu normas de proteção também à posse, esta simples situação de fato, exatamente porque ela aparenta ser uma situação de direito e porque tem a lei em vista evitar que prepondere a violência, tendo como nefasta e imediata consequência a quebra de harmonia social”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos: em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003. v. 14, p. 100.

⁶⁶⁸ ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 264.

⁶⁶⁹ Ibidem, p. 265.

⁶⁷⁰ GUERRA, Carlos Eduardo; SANTOS, Madalena Alves dos. A Tutela da Posse: novas possibilidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III, p. 478.

Diante desse quadro, e ainda que se considere a posse um direito autônomo, defende-se nesse trabalho que a função social da posse não pode ser utilizada como subterfúgio para o incumprimento obrigacional, pois a ideia de cooperação, como já afirmado, pressupõe o pleno cumprimento do contrato, contribuindo para a paz social.

Em outros termos, se é certo que o “negócio jurídico de compra e venda se perfectibiliza com o pagamento total do preço”⁶⁷¹, é igualmente certo que o incumprimento obrigacional, desde que atendidas características previamente delineadas pelos contratantes, pode ser considerado cláusula resolutiva, ensejando, por conseguinte, a resolução da avença.

Daí porque acreditar-se que o não pagamento, sob a alegação de que a posse está cumprindo sua função social (*e.g.* moradia), traria grandes incertezas sociais, pois o contratante fiel estaria sempre em desvantagem, eis que submetido às vontades do devedor inadimplente, quiçá imbuído de má-fé.

Relembre-se, inclusive, que a cláusula resolutiva também tem o condão de forçar o devedor a cumprir sua obrigação, preferindo o adimplemento ao inadimplemento. Nessa medida, o comprador que não efetua os pagamentos devidos, desde que a hipótese esteja suficientemente clara no contrato, pode incorrer em falta contratual, legitimando o outro contratante a considerar resolvido o negócio, tornando injusta a posse do comprador inadimplente⁶⁷², principalmente se há recusa em devolver a coisa.

Em conclusão, acredita-se que o possuidor injusto não poderá se valer dos embargos de retenção. Ao revés, deverá devolver a coisa, até porque o “retorno ao estado prístino, incluindo a restituição de coisas, deriva da essência do mecanismo resolutório”⁶⁷³.

Teria o devedor direito, tão somente, ao recebimento das benfeitorias necessárias, devendo cobrá-las via ação autônoma. Isso porque o seu incumprimento obrigacional não autoriza considerá-lo possuidor de boa-fé, principalmente ante a existência de cláusula resolutiva expressa no contrato. Nesse sentido, reflète Araken de Assis⁶⁷⁴:

⁶⁷¹ Brasil. Apelação Cível nº 70057367658, 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator Des. Alex Gonzalez Custodio, julgado em 15.06.2016.

⁶⁷² O TJRS entende que até mesmo a “falta de previsão expressa, quanto à resolução do contrato em caso de inadimplemento, não impede o desfazimento do pacto, pois esta possibilidade é legal, consistindo em cláusula resolutiva tácita. O inadimplemento é condição resolutória: uma vez implementado, macula a eficácia do negócio, ensejando a rescisão, conforme dispõe 475 do Código Civil. A reintegração da posse do imóvel é consequência lógica da resolução contratual”. Agravo de Instrumento nº 70064008634, 20ª Câmara Cível do TJRS, relator Des. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 20.03.2015.

⁶⁷³ ASSIS, Araken. **A Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 167.

Em se tratando de resolução convencional, ou seja, fundada em cláusula resolutiva expressa, o vínculo se desfaz de modo automático, dispensada a intervenção judicial. Convencionada dita cláusula – muito embora a constituição em mora, seguida do juízo da utilidade da prestação, se submeta ao regime geral –, o desfazimento da promessa, tornada de má-fé a posse do compromissário, origina pretensão possessória ao compromitente.

Todavia, caso o assunto seja disciplinado pela Lei Federal nº 6.766, de 19.12.1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências, deve-se atentar para a redação do art. 34, *verbis*:

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.

Ao comentar o assunto, defende Arnaldo Rizzardo⁶⁷⁵ não interessar o “*nomen juris* dado, ou o sentido literal da linguagem, e sim a intenção da vontade expressa nas declarações. Mencionando o art. 34 que as benfeitorias úteis ou necessárias serão indenizadas, não afasta de igual direito as acessões”, sob pena de tratar institutos similares de forma injusta e contraditória.

E, não obstante a locução “Em qualquer caso de rescisão” a que alude o *caput* do art. 34 da Lei Federal nº 6.766, de 19.12.1979, supra reproduzido, acredita-se persistir o entendimento segundo o qual o direito à indenização pelas acessões ou benfeitorias necessárias e úteis tem cabimento apenas se o inadimplente age de boa-fé, podendo, por conseguinte, valer-se dos embargos de retenção. Assim,

Na rescisão de compromisso de compra e venda de loteamento, estando o comprador de presumida boa-fé, eis que não foi outro o objetivo da avença, tem direito à retenção pela casa que construiu no imóvel, não havendo razão para tratamento diferenciado de acessões e benfeitorias⁶⁷⁶.

Por fim, a questão em torno da validade, ou não, da existência de cláusula resolutiva afirmando que o incumprimento obrigacional acarretaria a perda de todas as

⁶⁷⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99.** 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

⁶⁷⁶ Brasil. Apelação Cível nº 1.0148.09.069940-3/001, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatora Des. Mariângela Meyer, julgado em 12.04.2016.

ações ou benfeitorias realizadas no bem imóvel. Nesse particular, acredita-se que uma cláusula dessa natureza seria nula de pleno de direito. Explica-se com Arnaldo Rizzardo⁶⁷⁷:

De forma geral, os contratos de promessa de compra e venda preveem cláusula resolutive expressa, não somente nos atrasos das prestações, mas também quando de infrações nas condições estabelecidas.

E a cominação mais corrente é aquela que dispõe sobre as perdas das prestações, benfeitorias e construções em favor do promitente vendedor, sem qualquer espécie de indenização. Tais decorrências prestam-se para cobrir as perdas e danos sofridos pelo credor, em face do uso do imóvel durante a vigência do contrato. Por mera disposição das vontades, transformam-se num aluguel em espécie. Mas nada mais equivocado. As sanções sempre são uma condição constante no documento, que o promissário, na maior parte das vezes, assina sem ler e tomar consciência das consequências.

E sobrevivendo as dificuldades econômicas, impossibilitado de prosseguir no cumprimento do ajustado, sujeita-se a parte a perder a construção erguida sobre o terreno de vila, conseguida a muito custo e sacrifício. Esta é a situação mais comum, entretantes sem valor, pois contraria disposição expressa da lei civil. É como se não existisse.

Acrescente-se que eventual entendimento quanto à validade dessa cláusula poderia ensejar, também, enriquecimento sem causa por parte do contratante inocente, ideia esta que não se coaduna com o direito. De fato, o “ordenamento jurídico não admite o acréscimo do patrimônio de uma pessoa em detrimento da perda do patrimônio de outra, sem que ocorra uma causa jurídica que explique esse deslocamento econômico”⁶⁷⁸, sob pena de também se verificar indesejável desequilíbrio entre as partes contratantes.

Daí que o benefício de uma parte em prejuízo da outra cria uma obrigação, passando a parte lesada a ter o direito de reclamar de quem se beneficiou um crédito do tamanho do prejuízo que sofreu. É o caso, por exemplo, daquele que constrói, semeia ou planta em terreno alheio imbuído da mais absoluta boa-fé. Nesse caso, o dono do imóvel, justamente para não se beneficiar da construção, semeadura ou plantação (Código Civil, art. 1.255), deverá indenizar àquele para que não reste configurado o enriquecimento sem causa.

Por essa razão, acredita-se que uma cláusula resolutive conduzindo à perda total ou parcial de construções seria nula, pois isso geraria notório enriquecimento sem causa. Destarte, o que se veda, em resumo, não é o ato em si, mas a ausência de causa que conduz ao injustificado enriquecimento.

⁶⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano**: Leis 6.766/79 e 9.785/99. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 188.

⁶⁷⁸ NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 1.240.

3.4 A demanda resolutória e a (des)necessidade de prévia intervenção judicial

Retomando a discussão quanto à prévia intervenção judicial, entende-se que referida prerrogativa só se faz necessária para casos envolvendo a cláusula resolutiva tácita, sendo de todo dispensável para a cláusula resolutiva expressa, cuja ação somente poderá ser proposta caso o contratante faltoso pretenda, de uma forma ou de outra, manter incólume o vínculo obrigacional. Assim, caracterizada a

resolução expressa, a parte lesada não carece de ajuizamento de ação judicial, salvo se optar por exigir o cumprimento da obrigação, pleitear *perdas e danos* ou formular ambos os pedidos. O litígio judicial pode ser instaurado, contudo, pelo acusado de inadimplência, pretendendo preservar o vínculo contratual, além de exigir o ressarcimento da contraparte, quando, naturalmente, deverá provar o cumprimento de sua obrigação⁶⁷⁹.

Essa ideia, como não poderia deixar de ser, privilegia o princípio da boa-fé que deve nortear as relações obrigacionais e contratuais, a lembrar que os novos princípios da teoria contratual “interagem com os princípios clássicos, mitigam seus contornos e alteram sua essência, a delinear renovada dogmática contratual, comprometida com a realização dos valores constitucionais”⁶⁸⁰. Então, pode-se afirmar que

os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos⁶⁸¹.

A mudança é, pois, qualitativa, e não quantitativa. Explica-se: com a escola do direito civil-constitucional, o direito civil como um todo deixa de voltar seus esforços apenas para o patrimônio que, na feliz expressão de Melina Fachin e Umberto Paulini⁶⁸², passa a figurar como mero coadjuvante, cedendo lugar à tutela da pessoa humana, alçando a

⁶⁷⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: contratos**. 7. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3, p. 153.

⁶⁸⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A Tutela da Autonomia Privada e a Utilização Atécnica dos Novos Princípios Contratuais. *In: RUYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). **Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 122.*

⁶⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 250.

⁶⁸² FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. *In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II, p. 214.***

dignidade da pessoa humana ao ápice do ordenamento jurídico⁶⁸³.

Daí que o direito civil ressurge “como sistema jurídico fundamental de realização cotidiana da dignidade da pessoa humana, que passa a ter primazia sobre as relações patrimoniais, que eram hegemônicas nas codificações liberais”⁶⁸⁴.

A constitucionalização, portanto, eleva ao plano constitucional os princípios fundamentais do direito civil, passando o Código Civil a ser interpretado à luz dos valores e princípios preconizados pelo texto constitucional, cujas forças centralizam-se, repita-se, na proteção à dignidade da pessoa humana. Com isso, não se vislumbra uma mudança quantitativa, mas sim qualitativa dos espaços reservados à autonomia privada, levando Gustavo Tepedino⁶⁸⁵ a afirmar:

Propriedade, família, contrato, empresa, não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se, ao revés, de uma *transformação qualitativa* de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária.

Diante desse cenário, se as partes contratantes inserem no negócio jurídico livremente ajustado cláusula resolutiva expressa e “estabelecem o que reputam configurar inadimplemento bem como a possibilidade de a resolução se operar extrajudicialmente, o fazem porque o princípio da autonomia privada assim o permite”⁶⁸⁶, afastando, *per se*, a necessidade de se buscar intervenção do Poder Judiciário.

Esse pensamento, com todo o respeito, não contraria as funções decorrentes da boa-fé objetiva. Ao contrário, privilegia-as.

Realmente, a doutrina brasileira, seguindo a linha adotada pelo direito alemão, notadamente o § 242 de seu Código Civil (*BGB*), segundo o qual o devedor é

⁶⁸³ Para Gustavo Tepedino, a “interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento”. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 42.

⁶⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.

⁶⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 42.

⁶⁸⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A Tutela da Autonomia Privada e a Utilização Atécnica dos Novos Princípios Contratuais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). **Direito Civil Constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 125.

obrigado a realizar a prestação do modo como o exige a boa-fé⁶⁸⁷, atribui à boa-fé uma tríplice função: função interpretativa dos contratos; função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais e função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de cooperação, cuidado, informação e lealdade, por exemplo.

Quanto à esta última função, explicam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber⁶⁸⁸, especificamente, que “a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe-se às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação”.

Diante disso, se a cláusula resolutiva expressa está bem delineada pelas partes e representa seu manifesto querer, reputa-se absolutamente indevida e desnecessária a intervenção do Poder Judiciário, sob pena de o magistrado fazer substituir sua vontade a das partes contratantes, o que não se poderia admitir. Daí a reflexão de Aline Miranda Valverde Terra e Helen Cristina Leite de Lima Orleans⁶⁸⁹:

A presença da referida cláusula resulta de escolha prévia das partes quanto aos mecanismos de tutela de que disporá o credor em caso de incumprimento definitivo, a retirar do juiz a possibilidade de reavaliar tal escolha. Se o fizer, o magistrado estará se substituindo à vontade inicial das partes, alterando a disciplina contratual e, conseqüentemente, o próprio equilíbrio do contrato, uma vez que a presença da cláusula resulta de complexa equação que envolve distribuição dos riscos contratuais e cláusula econômicas.

Em tais casos, a resolução do negócio jurídico *ipso iure*, sem a intervenção judicial, não viola a boa-fé objetiva, mas sim a privilegia por conta do dever de lealdade, transparência e informação decorrentes da função criadora dos devedores em anexo ou

⁶⁸⁷ “Nas codificações europeias do início do século, sobressai pela sua importância o Código Civil germânico. Este Código Civil tem a característica de conter o § 242, que, mais tarde, deveria constituir o elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional. Não se pense, contudo, ser o aludido § 242, no pensamento dos autores do Código Civil alemão, algum *dispositivo* específico, conferindo ao juiz poderes extraordinários de *criação jurídica*, ao ponto de transformar a sua figura no símile moderno do pretor romano. Nada mais inexato: o § 242 não significa outra coisa senão mero reforço ao § 157, no qual se determinava a regra tradicional de *interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé*. Não se pensou, de nenhum modo, em atribuir ao juiz a função fundamental de criar o direito, por meio de aplicação, muito embora expressasse a regra de que: ‘o devedor é obrigado a realizar a prestação do modo como o exige a boa-fé levando em conta os usos de tráfico’”. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 36.

⁶⁸⁸ 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. 36.

⁶⁸⁹ TERRA, Aline Valverde Miranda; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A Tutela da Autonomia Privada e a Utilização Atécnica dos Novos Princípios Contratuais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). **Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas conseqüências**. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 126.

acessórios, principalmente em contratos paritários, nos quais não há desequilíbrio a corrigir, limitando-se a boa-fé a “funcionar como uma cláusula geral de lealdade e colaboração para a consecução dos fins contratuais”⁶⁹⁰.

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que age de forma desleal o contratante que não coopera e tampouco se prepara para o cumprimento de suas obrigações, usando de subterfúgios, quiçá intencionais, para protelar a resolução contratual, gerando transtornos e inquietudes sociais de toda a ordem.

Desleal, pois, “é o comportamento do devedor que, vendo-se em situação desconfortável, pretende o afastamento de disposições contratuais com as quais aquiesceu quando da celebração da avença, a fim de alcançar situação mais favorável, no Judiciário”⁶⁹¹. Essa sua atitude sobremaneira dificultaria a efetivação dos legítimos direitos do contratante inocente, que, no mais das vezes, vê-se despojado da coisa, necessitando partir para o longo, custoso e moroso caminho judicial.

A resolução extrajudicial, portanto, deveria ser o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário como regra geral, evitando, dessa forma, que o instituto da resolução seja mal ou subutilizado⁶⁹², forçando as partes, diferentemente do que contrataram, a buscar a intervenção judicial para o caso de resolução.

Os defensores da necessária intervenção judicial alegam, em resumo, a impossibilidade de as partes invocarem a autotutela bem como a estrita observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, informa-se haver julgado do Tribunal de Justiça do Paraná decidindo que a resolução de pleno direito não seria possível por retirar do outro contratante o direito ao contraditório e à ampla defesa⁶⁹³.

Caso prevaleça, esse entendimento poderá conduzir a algumas outras

⁶⁹⁰ 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. 35.

⁶⁹¹ TERRA, Aline Valverde Miranda; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A Tutela da Autonomia Privada e a Utilização Atécnica dos Novos Princípios Contratuais. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 126.

⁶⁹² Neste sentido, transcreve-se lição de Orlando Gomes: “No Direito pátrio, a regra relativa à cláusula resolutiva distingue entre a condição expressa e a tácita, entendendo-se que, uma vez estipulada cláusula resolutiva, é dispensável a resolução judicial. Entendem alguns que, em qualquer hipótese, a resolução do contrato há de ser requerida ao juiz. Todavia, há outra disposição declarando que a condição resolutiva expressa opera de pleno direito. É de se admitir que, havendo sido estipulada, seja dispensável a resolução judicial, pois, do contrário, a cláusula seria inútil”. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 209.

⁶⁹³ Brasil. Processo nº 636845-4, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, relator Desembargador Guilherme Luiz Gomes, julgado em 26.07.2011, publicado no Diário da Justiça nº 693, de 12.08.2011.

reflexões dignas de nota. Inicialmente, além da já mencionada questão envolta à duração razoável do processo, poder-se-ia apontar eventual inconstitucionalidade da cláusula resolutiva, forçando o intérprete a rever o direito obrigacional, notadamente a partir da livre manifestação de vontade dos contratantes, com reflexos nos limites da ingerência do Estado na vontade privada. Esse posicionamento talvez justifique a preocupação externada por Cristiano de Souza Zanetti⁶⁹⁴:

Caso o raciocínio encontre respaldo no ordenamento jurídico, será forçoso concluir pela inconstitucionalidade de qualquer cláusula resolutiva pactuada. O impacto dessa mudança de perspectiva não pode ser negligenciado. Toda a prática contratual deveria ser repensada, pois seria tolhido às partes o poder de disciplinar os próprios interesses e decidir as razões de término da respectiva relação contratual.

Para o jurista, aliás, a cláusula resolutiva constituiria um verdadeiro “caso de autotutela previsto na legislação brasileira”⁶⁹⁵, devendo o intérprete (bem como todas as outras pessoas) respeitá-la em sua plenitude. Assim, excetuando-se os casos previstos em lei, seria desnecessária, pelas razões já expostas, a intervenção judicial para declarar a resolução do contrato livremente celebrado pelas partes.

Pensar o contrário, com todo o respeito, é deixar de funcionalizar o instituto resolutorio⁶⁹⁶, oportunizando ao devedor, às vezes imbuído de má-fé, a utilização de medidas visando procrastinar a resolução do contrato, gerando toda a sorte de inquietude social.

Admitindo esse posicionamento, o caminho a ser percorrido seria mais rápido e eficaz. Em outros termos, resolvido o contrato por força da cláusula resolutiva expressamente pactuada pelas partes no negócio jurídico e não devolvido o bem imóvel objeto do contrato de compra e venda, bastaria ao credor, então, excetuados os casos impostos de forma diversa pela lei (*e.g.* loteamentos urbanos), propor ação possessória ante o esbulho praticado pelo devedor infiel, cabendo a este opor embargos de retenção e/ou ação própria para cobrar eventuais valores a si devidos.

Obtida a tutela, o contratante fiel, no mais das vezes o proprietário do bem,

⁶⁹⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza. A Cláusula Resolutiva Expressa na Lei e nos Tribunais: o caso do termo de ocupação. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 370.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 370.

⁶⁹⁶ A afirmação igualmente se justifica com base em José Ignácio Gonzaga Franceschini: “a vontade privada é produtora de consequências jurídicas não só quanto aos negócios regulados especificamente pela lei, como também quanto a toda relação com fim lícito, ou seja, que preencha uma função econômica que a lei e a consciência social considerem válida”. *Contratos Inominados, Mistos e Negócio Indireto*. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3, p. 239.

estaria apto a dar à coisa o destino que melhor lhe aprouver, inserindo-a, novamente, no comércio jurídico.

A prevalecer a situação como está, retratada pela quase unanimidade dos entendimentos pátrios, restaria ao credor, tão somente, o longo e custoso caminho judicial. Neste, haveria a necessidade de propor uma ação judicial para obter o reconhecimento da resolução do contrato para, posteriormente, ser reintegrado ou imitado na posse do imóvel. Dada à realidade forense, a solução da lide poderia vir após anos de litígio, frustrando legítima expectativa criada.

Por fim, um último registro. Em uma compra e venda imobiliária, às vezes convencionam as partes, na própria escritura pública, uma cláusula resolutiva para os casos de pagamento fracionado. Consta da escritura, então, que o devedor será considerado em mora se atrasar o pagamento de quaisquer parcelas, por certo número de dias, ocasião em que a venda será considerada desfeita e resolvida a escritura pública lavrada pelo tabelionato de notas.

Acordando as partes (vendedor e comprador), na escritura, a previsibilidade de pagamento fracionado, referida situação torna resolúvel a propriedade e condicional a compra e venda. Nesses casos, deve a compra e venda condicional ser registrada na matrícula do bem junto ao cartório de registro de imóveis, a teor do que determina o art. 167, inc. I, 29, da Lei Federal nº 6.015, de 31.12.1973⁶⁹⁷, que dispõe sobre os registros públicos, cabendo ao oficial da serventia registral, inclusive,

mencioná-la no corpo do registro para dar publicidade à mesma e ter efeito contra terceiros, mesmo não se tratando de direito real, pois ainda que direito pessoal, trata-se de uma condição ao contrato e acha-se previsto na Lei de Registros Públicos o registro de compra e venda condicional⁶⁹⁸.

Havendo o pagamento total do preço convencionado pelas partes, o adquirente do bem imóvel deverá levar ao registro imobiliário o comprovante de pagamento, cessando então a condição resolutiva, com a conseqüente baixa do gravame.

Por outras palavras, “efetuado o pagamento de todo o preço, deve ser averbada a quitação para que a propriedade resolúvel se transforme em plena, o que é

⁶⁹⁷ “**Art. 167.** No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I – o registro: 29) da compra e venda pura e da condicional”.

⁶⁹⁸ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de; BRAUNE, Marcelo. O pacto comissório na compra e venda de imóveis e o novo código civil. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Org.). **Doutrinas Essenciais:** registro imobiliário: aquisição da propriedade. 2. ed. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 737.

ocorrência que altera a natureza do registro”⁶⁹⁹.

Problemas surgem, no entanto, quando o preço não é integralizado. Nestes casos, resta saber se o vendedor prejudicado poderá considerar resolvido o contrato de compra e venda, de pleno direito, bem como a escritura pública daí decorrente, ou se, na linha da jurisprudência brasileira, deverá buscar intervenção judicial.

Pelo posicionamento adotado neste estudo, diferentemente do que prevalece na jurisprudência pátria⁷⁰⁰, sustenta-se a possibilidade de a escritura pública ser resolvida independentemente de o vendedor do imóvel buscar respaldo judicial, devendo, apenas, devolver os valores então recebidos ao comprador, a fim de evitar qualquer enriquecimento ilícito.

O não cumprimento das obrigações assumidas no contrato e transportados para a escritura pública, portanto, seriam suficientes para, independentemente de prévia notificação, conduzir à resolução do negócio. Compete, então, ao vendedor buscar intervenção judicial apenas se houver esbulho possessório por parte do comprador do imóvel, decorrência direta do inadimplemento contratual por parte daquele que se dispôs a honrar pontualmente as prestações mas não o fez.

Sob essa perspectiva, conclui-se que o vendedor de um bem imóvel que não recebeu os valores acordados na escritura pública não necessita, ante a expressa cláusula resolutiva ali prevista, socorrer-se ao Poder Judiciário para obter a resolução do contrato, podendo reputar imediatamente desfeito o negócio jurídico praticado bem como a respectiva escritura pública em caso de inadimplemento, com retorno ao *status quo ante*.

⁶⁹⁹ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de; BRAUNE, Marcelo. O pacto comissório na compra e venda de imóveis e o novo código civil. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Org.). **Doutrinas Essenciais: registro imobiliário: aquisição da propriedade**. 2. ed. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 739.

⁷⁰⁰ “Apelação cível. Ação declaratória de resolução de contrato. Escritura pública de compra e venda com cláusula resolutiva. Emissão de notas promissórias. Inadimplência. Ausência de resgate das notas ou quaisquer outros meios que demonstrem o efetivo pagamento. Ônus da prova que incumbia aos réus. Art. 333, II, do CPC/1973. Resolução do contrato. Retorno ao status quo ante. Devolução dos valores pagos. Possibilidade. Decorrência lógica da resolução. Vedação ao enriquecimento sem causa. Art. 884 do CC. Recurso conhecido e parcialmente provido. 1. Tendo o autor se desincumbido do ônus de comprovar a celebração do pacto, emissão das notas e o inadimplemento parcial (art. 333, I, do CPC/1973), e os réus não obtendo êxito em demonstrar suficientemente os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor (art. 333, II, do CPC/1973), escoreita a decisão de resolução da escritura pública celebrada, com a devolução do bem imóvel. O pedido de indenização por benfeitorias, ainda que formulado após a contestação, é consequência lógica da procedência do pedido de resolução do contrato, cujo resultado prático é o retorno das partes ao ‘status quo ante’. Com a retomada do imóvel pela promitente-vendedora, esta não pode locupletar-se, recebendo seu terreno com a construção realizada pelos promitentes-compradores sem a correspondente indenização (REsp 764.529/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 09/11/2010). 3. Recurso conhecido e parcialmente provido”. Processo nº 1497123-2, 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, relator Des. Fábio Haick Dalla Vecchia, julgado em 22.06.2016, publicado no DJ nº 1848, de 25.07.2016.

4 CONCLUSÃO

Atingido o final do percurso, acredita-se que o texto tenha alcançado os objetivos a que se propôs, pois enfrentou, desde suas primeiras linhas, a questão em torno da cláusula resolutiva expressa, direcionada, mais especificamente, para os contratos de compra e venda de bens imóveis.

No primeiro capítulo, tratou a tese dos delineamentos temporais (origens) e espaciais do instituto. Os estudos demonstraram não haver consenso entre os doutrinadores quanto à origem da cláusula resolutiva, apontando alguns o direito romano e outros o direito canônico como sua fonte principal. De qualquer forma, foi na Idade Média que se instituiu, em caráter geral, a prática de se inserir em contratos bilaterais uma cláusula autorizando a resolução do contrato caso um dos contratantes não cumprisse suas obrigações, passando o instituto da cláusula resolutiva, pouco a pouco, a ser incorporado ao direito civil.

Verificou-se, também, que os dois grandes sistemas que tratam do assunto são o alemão e o francês. Para o direito alemão, a cláusula resolutiva expressa opera-se de pleno direito, não apenas porque bem delineada no contrato, mas também por representar a vontade de ambos os contratantes, fruto de sua autonomia privada. Para o direito alemão, basta, então, que o contratante prejudicado (inocente) faça chegar ao conhecimento de seu consorte o desejo de não mais continuar com a avença, ocasião em que o negócio jurídico será considerado resolvido.

O direito francês, por sua vez, trata do assunto de forma diversa. Em França, ainda que as partes tenham expressamente ajustado cláusula resolutiva no contrato, prevendo situação cuja ocorrência basta para pôr fim ao negócio, não se admite a resolução imediata, sem a intervenção judicial. Ao contrário, a resolução deve, necessariamente, ser proclamada pelo Poder Judiciário. Assim, o que o ordenamento jurídico francês admite é que o contratante prejudicado requeira, através de ação judicial, a resolução do contrato, garantindo-se ao seu consorte, considerado o contratante faltoso ou infiel, a possibilidade de se insurgir contra esse pedido.

A tese também tratou da cláusula resolutiva expressa nos sistemas português e italiano, aos quais se denominou de intermediários. A abordagem se revelou necessária em razão das peculiaridades apresentadas por esses sistemas, como, por exemplo, a postura do devedor, a importância ou gravidade da falta e a prévia experiência vivida pelos contratantes, situações que podem, ou não, ensejar a resolução do contrato.

Sob essa perspectiva, procurou-se confrontar o atual posicionamento dos

tribunais pátrios com aquele previsto no ordenamento jurídico brasileiro em torno da cláusula resolutiva expressa. Melhor explicando, se a primeira parte do art. 474 do Código Civil Brasileiro diz que a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito, por que então a quase totalidade da doutrina brasileira e os tribunais inclinam-se pela impossibilidade de a parte prejudicada (inocente) reputar resolvido o negócio jurídico ante a existência de cláusula resolutiva previamente convencionada pelos próprios contratantes?

Para tentar responder a essa indagação, o texto tratou do tema sob seu aspecto funcional, filiando-se à escola do direito civil-constitucional. Na sequência, adentrou no conteúdo da cláusula propriamente dita, ocasião em que constatou não ser possível redações genéricas, superficiais, desprovidas de maiores especificações. Aliás, cláusulas ou redações dessa natureza não têm o condão de motivar a resolução de um contrato.

O estudo em torno da autonomia privada mostrou-se igualmente necessário por estar relacionado ao conteúdo da cláusula resolutiva. Foi possível notar, então, que as partes contratantes são as que melhor têm condições de estabelecer o que é melhor para gerir seus próprios interesses. Daí a ampla liberdade em seu agir, limitada, tão somente, pela lei, pela ordem pública, pelos bons costumes e pela boa-fé.

Atendidos esses limites e estando a cláusula muito bem delineada no contrato, representando o verdadeiro pensar e querer dos contratantes, concluiu-se, até mesmo por conta da função que exerce no ordenamento jurídico, não haver óbice algum à plena e imediata aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa, independentemente da intervenção do Poder Judiciário, com efeitos retroativos.

Ao tratar da resolução dos contratos, tema afeto ao segundo capítulo, constatou-se que a cláusula resolutiva expressa pode ser aplicada a todo e qualquer contrato bilateral, não devendo ser aplicada, porém, aos contratos unilaterais. Além da bilateralidade, ganhou importância o estudo do inadimplemento, impulsionado pela nova leitura imposta ao atual direito das obrigações, notadamente a partir dos deveres instrumentais decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

Daí decorre que o incumprimento obrigacional deixa o tradicional modelo dicotômico previsto pelo revogado Código Civil de 1916 (mora e inadimplemento absoluto) para também prever outras formas de inadimplemento, aí incluída, por exemplo, a violação positiva do contrato. Os estudos igualmente demonstraram ser possível haver incumprimento quando as partes deixam de observar o que dispõe o art. 421 do Código Civil, porquanto comprometida a liberdade de contratar.

Dada à sua natureza, deu-se ênfase ao inadimplemento absoluto. E, apesar

de não mais prevalecer o antagonismo outrora existente entre credor e devedor, justamente porque ambos devem colaborar no sentido de alcançar o fim último da obrigação, aqui representado pelo adimplemento, toma-se como ponto de partida o interesse do credor. Isto é, ocorrendo alguma das hipóteses previstas pelos contratantes para a resolução do contrato, faculta-se ao credor a opção de resolver o negócio jurídico, caso não mais subsista interesse em continuar com a avença, conforme faculdade prevista, inclusive, pelo parágrafo único do art. 395 do Código Civil.

Ao longo do estudo, foi possível constatar a preocupação da doutrina e da jurisprudência com a boa-fé. Deste modo, além dos outros dois princípios que hoje norteiam as relações obrigacionais e contratuais – função social do contrato e equilíbrio econômico e financeiro das prestações – a boa-fé revelou-se de extrema importância para o estudo da cláusula resolutiva, inclusive no que se refere às funções que criam os deveres em anexo, acessórios ou laterais. Em relação à função de procura evitar o abuso de direito, o texto também tratou das chamadas figuras parcelares ou subespécies da boa-fé objetiva (*exceptio doli, venire contra factum proprium, suppressio, surrectio e tu quoque*), na linha da pesquisa proposta.

Foi possível concluir, pelo estudo, que age de boa-fé aquele que honra as obrigações assumidas em um contrato, a lembrar que este importante instrumento da vida negocial ainda se presta aos fins econômicos.

Não obstante as funções que a cláusula resolutiva exerce, inclusive a de forçar, de uma certa forma, o devedor a cumprir suas obrigações, verificou-se que o contrato deve subsistir se o inadimplemento é mínimo. Em outros termos, constatou-se que a cláusula resolutiva expressa não deve prevalecer ante a teoria do adimplemento substancial. Isso porque se o contrato foi quase que substancialmente cumprido, razão não há para sua resolução, alinhando-se o pensamento aos princípios supra referidos.

Na terceira e derradeira parte deste trabalho, tratou-se da cláusula resolutiva nos contratos de compra e venda de imóveis. Na prática, é relativamente comum o vendedor, com a anuência do comprador, fazer inserir no contrato cláusula estabelecendo que o não pagamento de um determinado número de prestações mensais pode ensejar a resolução do contrato. O problema é que, independentemente do convencionado, o comprador às vezes edifica sobre o terreno adquirido ao mesmo tempo em que, quiçá de forma proposital, deixa de efetuar o pagamento das contraprestações mensais livremente ajustadas.

Por isso o texto tratou, além dos elementos que formam o contrato de compra e venda – coisa, preço e consentimento – dos embargos de retenção. Considerando,

pois, os efeitos práticos que uma resolução contratual dessa natureza pode causar, reputou-se conveniente adentrar no terreno das acessões e benfeitorias, até para que um dos contratantes não venha a se enriquecer às custas de seu consorte.

Nessa medida, sabe-se que o contrato de compra e venda celebrado não tem o condão de operar o registro do bem imóvel, uma vez que a relação obrigacional somente produz efeitos, em tese, entre os contratantes. Sabe-se, também, que o registro do bem no cartório de registro de imóveis, além de constituir ato jurídico hábil a transferir a propriedade, gera, por sua vez, segurança jurídica, com presunção de propriedade e efeitos *erga omnes*.

Dada à similitude entre direitos pessoais e reais, o texto também tratou desses dois importantes ramos do direito civil, situados no âmbito das relações jurídicas patrimoniais. Demonstrou-se que não mais podem ser vistos de forma isolada. Pelo contrário, direitos pessoais e reais constituem faces de uma mesma moeda, encontrando-se umbilicalmente associados. Nesse sentido, crédito e débito, assim como a propriedade, devem ser protegidos e respeitados. Com isso, foi possível constatar que a existência de uma cláusula resolutiva em um contrato de compra e venda deve ser respeitada tanto pelo comprador quanto pelo devedor bem como por outras pessoas que não participaram diretamente da contratação.

O mesmo se aplica quando a cláusula resolutiva estiver inserida em uma escritura pública. A previsibilidade de pagamento fracionado torna resolúvel a propriedade e condicional a compra e venda. Havendo o pagamento total do preço devido, cessará a condição resolutiva, com a conseqüente baixa do gravame. Caso contrário, entende-se igualmente desnecessária a intervenção judicial, porquanto resolvido estará o negócio e desfeita a escritura, voltando ambas as partes ao *status quo ante*.

Na linha aqui defendida e desenvolvida, acredita-se que a cláusula resolutiva, tanto na escritura pública quanto no contrato de compra e venda de bem imóvel, dispensa a intervenção judicial. Resolvido o negócio de pleno direito, devem as partes voltar ao estado original, com efeitos *ex tunc*. Eventual ação judicial seria apenas cabível, em um ou outro caso, na hipótese de o contratante faltoso negar-se a devolver o bem, ocasião em que sua posse passaria a ser considerada injusta.

Em síntese, procurou-se demonstrar que a cláusula resolutiva expressa deve ser admitida pelo direito brasileiro, cabendo ao Poder Judiciário apenas analisar eventual ilegalidade levada ao seu conhecimento, mas não quanto ao teor da cláusula em si, até porque não é dado ao magistrado fazer prevalecer sua vontade em detrimento daquela ajustada pelas partes contratantes. De toda a sorte, além de os contratantes evitarem todos os desgastes de

um longo e custoso processo judicial, a imediata aplicabilidade da cláusula resolutiva é medida que se impõe, ainda que seja considerada, para alguns, uma forma de autotutela. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que referida cláusula encontra previsão legal (Código Civil, art. 474), representando, desde que seu conteúdo não desrespeite a lei, a ordem pública, a boa-fé e os bons costumes, a verdadeira autonomia privada dos contratantes, a destacar que o respeito à essa autonomia também está relacionado à dignidade da pessoa humana, pois atendida a sua liberdade de contratação.

Adotando as cautelas de estilo, como o endereçamento de uma notificação para os casos exigidos pela lei, por exemplo, acredita-se que o instituto da cláusula resolutiva merece uma maior atenção por parte da doutrina e da jurisprudência, sob pena de ser mal ou subtilizado, não cumprindo, outrossim, sua função.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do Abuso de Direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. Da extinção do contrato: arts. 472 a 480. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II.

_____. Lições de Teoria Geral das Obrigações. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (Org.). **Estudos de Direito Privado e Processual Civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ALVES, Jones Figueirêdo. A Teoria do Adimplemento Substancial (“Substancial Performance”) do Negócio Jurídico como Elemento Impediente ao Direito de Resolução do Contrato. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v. 4.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, FRANCISCO. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Código Civil e interpretação jurídica. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2014. v. 44 e 45.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais**: direito civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

ARISTÓTELES. **Política**: texto integral. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – Breve ensaio sobre a posse e sua natureza. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Desconstrução do Abuso do Direito. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**: série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2003. v. 4.

ASSIS, Araken. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2004.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Teoria Geral das Obrigações**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000. v. 1.

BARBIER, Hugo. *Chroniques: obligations en general: sources de l'obligation: le contrat. Revue trimestrielle de droit civil*. Paris: Dalloz, oct./dez. 2015. v. 4.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O Direito e o Tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTO, Antonio Carlos de Lemos. Violação positiva do contrato. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 13. ed. Paris: LGDJ – Montchrestien, 2012.

BERTACO, Cristina de Cássia. **Cláusula Resolutória Expressa**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1997.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 195_. v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” do Direito Privado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexos em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: les obligations*. 18. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

CARDOSO, Patrícia Silva. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 20, out./dez. 2004.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARPENA, Heloísa. O abuso do Direito no Código de 2002 Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARVALHO SANTOS, João Manuel. **Código Civil Brasileiro Interpretado: direito das coisas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

CHABAS, Cécile. *L'Inexécution Licite du Contrat*. Paris: LGDJ, 2002. t. 380.

CHAVES, Antônio. **Lições de Direito Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1972.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **Proteção Processual da Posse**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri Capitant. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. 10. ed., rev. e atual. Paris: Dalloz, 1948. t. 2.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil: parte geral: negócio jurídico**. 4. ed., reform. e atual. Coimbra: Almedina, 2014. t. II.

_____. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: contratos: negócios unilaterais**. Coimbra: Almedina, 2014. t. VII.

_____. **Tratado de Direito Civil: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias**. Coimbra: Almedina, 2014. t. IX.

_____. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos

contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to Mitigate the Loss* no Direito Civil Brasileiro e o Encargo de Evitar o Próprio Dano. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011. v. 45.

DÍAZ, Elías. **Sociologia y Filosofía del Derecho**. 3. ed. Taurus: Madrid, 1977.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das obrigações. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-Fé, Abuso de Direito e o Novo Código Civil Brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

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.

_____. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

FACCHINI NETO, Eugênio. Circulação de modelos jurídicos: o caso do Code Civil francês. *In*: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado**: coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Leud, 2014.

FAGES, Bertrand. **Droit des Obligations**. 5. ed. Paris: LGDJ, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4. ed., 2.

tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direitos Reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARRAJOTA, Joana. **A Resolução do Contrato sem Fundamento**. Coimbra: Almedina, 2015.

FERRAND, Frédérique. **Droit privé allemand**. Paris: Dalloz, 1997.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FLÉCHEUX, Georges. *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*. In: GOUBEUX, Gilles; GUYON, Yves; JAMIN, Christophe; LAGARDE, Paul; VINEY, Geneviève; WALINE, Jean (Org.). **Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXI^e siècle**. Paris: LGDJ, 2001.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. **Droit Civil: les obligations**. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009.

FRANCESCHINI, José Ignácio Gonzaga. Contratos Inominados, Mistos e Negócio Indireto. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

FRANCISCO, Luiz Felipe Miranda; FRANCISCO, Carolina Cardoso. Adimplemento Substancial e Resolução dos Contratos: necessidade de fixação de um critério unificado. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FRASÃO, Ana de Oliveira. Breve Panorama da Jurisprudência Brasileira a Respeito da Boa-fé Objetiva no seu Desdobramento da *Supressio*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCEZ NETO, Martinho. **Temas Atuais de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCIA, Rebeca. Cláusula Resolutiva Expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56.

GENICON, Thomas. **La Résolution du Contrat pour Inexécution**. Paris: LGDJ, 2007. t. 484.

GHESTIN, Jacques. **Traité de Droit Civil: les obligations: les effets du contrat**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. **Traité de Droit Civil: les effets du contrat**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2001.

GIORGIANNI, Michele. **L'Inadempimento: corso di diritto civile**. 3. ed. Milão: Dott. A.

Giuffrè Editore, 1975.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Obrigações**. 16. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Direitos Reais**. 19. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Contratos**. 26. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2001. v. 5.

GUERRA, Carlos Eduardo; SANTOS, Madalena Alves dos. A Tutela da Posse: novas possibilidades. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O Inadimplemento pelo Descumprimento Exclusivo de Dever Lateral advindo da Boa-fé Objetiva. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas Essenciais: contratos: formação e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

HELLERINGER, Geneviève. *Les Clauses du Contrat: essai de typologie*. Paris: LGDJ, 2012. t. 356.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos: em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003. v. 14.

IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2002.

JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999. v. 759.

JABUR, Gilberto Haddad. Classificação dos Contratos. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

JESTAZ, M. *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Thèse. LGDJ, t. 87, préf. P. Raynaud, 1968. Apud CHABAS, Cécile. *L'Inexécution Licite du Contrat*. Paris: LGDJ, 2002. t. 380.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Requisitos do contrato. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

KARAM, Munir. Liberdade, Igualdade e Direito nas Relações Negociais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: obrigações: estrutura dogmática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

KASER, Max. **Direito Privado Romano.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

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: Padma, jul./set. 2010. v. 43.

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, 2008. v. II.

LAITHIER, Yves-Marie. *Étude Comparative des Sanctions de L'inexécution du Contrat.* Paris: LGDJ, 2007. t. 419.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.

LEAL, Adisson. Violação Positiva dos Contratos. *In*: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro: aspectos polêmicos.** São Paulo: Atlas, 2014.

LEVY, Daniel de Andrade. O dano de processo lento. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2008. v. 36.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João Matos Antunes. **Código Civil Anotado.** 4. ed. rev. e actual., com colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra, 1987. v. I.

LISBOA, Roberto Senise. *In*: FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). **Comentários ao Código Civil: artigo por artigo.** 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos: parte general.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos.** São Paulo: Atlas, 2011.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. **Cours de Droit Civil: les obligations.** 6. ed. Paris: Éditions Cujas, 1995. t. VI.

MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les Obligations*. 6. ed. Paris: LGDJ, 2013.

MALINVAUD, Philippe. *Droit des obligations*. 8. ed. Paris: Groupe LexisNexis, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem Anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1997. v. 741.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos Reais Agrários & Função Social*. 2. ed., rev., atual e ampl. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A *suppressio* e suas implicações. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2007. v. 32.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Edición española Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995. v. I.

_____. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Edición española Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995. v. II.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Telles de. *O Ensino do Direito das Obrigações: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino da disciplina*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direitos Reais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Direito das Obrigações: introdução: da constituição das obrigações*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. I.

_____. *Direito das Obrigações: transmissão e extinção das obrigações: não cumprimento e garantias do crédito*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. II.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (Arts. 421 a 480)*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./1966. v. 365.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do

Rêgo (Coord.). **Direito das Relações Patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato (tutela externa do crédito). *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2012. v. 3.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Constituição e direito civil: tendências. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2013. v. 56.

MORAIS, Fernando de Gravato. **Contrato-Promessa em geral. Contrato-Promessa em Especial**. Coimbra: Almedina, 2009.

MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições do Direito Civil Português: parte geral**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907. v. 1.

MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *In*: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MOTA, Maurício Jorge. A Pós-Eficácia das Obrigações. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Curso de Direito Civil: contratos**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. *In*: NALIN, Paulo (Coord.). **Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006. v. II.

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Mora. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Soluções Práticas de Direito: direito privado 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. III.

_____. Contrato de Distribuição de Petróleo e Derivados: aspectos materiais e processuais. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: serviços e circulação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações.** 6. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

_____. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo de. Inadimplemento Relativo e Inadimplemento Absoluto. *In:* ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade Civil e Inadimplemento no Direito Brasileiro: aspectos polêmicos.** São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra Positiva do Contrato. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos: contratos: formação e regime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

PAULIN, Christophe. *La Clause Résolutoire.* Paris: LGDJ, 1996. t. 258.

PÉDAMON, Michel. *Le contrat en droit allemand.* 2. ed. Paris: LGDJ, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos.** 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III.

_____. **Instituições de Direito Civil: direitos reais.** 21. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. IV.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas.** 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Vítor Pimentel. A Fórmula *Tu Quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. *In:* MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

_____. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional.** 2. ed. Rio de

Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PICARD, Maurice; PRUDHOMME, André. *De la Résolution Judiciaire pour Inexécution des Obligations.* *Revue Trimestrielle de Droit Civil.* Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912. v. XI.

PINEAU, Jean; GAUDET, Serge. *Théorie des Obligations.* 4. ed. Montreal: Les Éditions Thémis, 2001.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A Tutela Externa do Crédito e a Função Social do Contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar. 2008. v. 2.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, out./dez.2003. v. 16.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das Obrigações: teoria geral e responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações.** Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXIV.

_____. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações.** Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV.

_____. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito das obrigações.** Atual. por Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXIX.

_____. **Tratado de Direito Privado: parte geral: eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões e ações.** Atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. V.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime.** Coimbra: Coimbra, 1982.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** 6. ed., anot. e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

_____. Visão Geral do Novo Código Civil. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais**: direito civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II.

RIBEIRO, José. Pacto Comissório na Compra e Venda de Imóvel e o Novo Código Civil Brasileiro. *Apud* PERES, Tatiana Bonatti. Cláusula Resolutiva. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2011.

RIBEIRO, Renato Ventura. Direito de Retenção no Contrato de Empreitada. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações e contratos: serviços e circulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. 2. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano**: Leis 6.766/79 e 9.785/99. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A Influência do *BGB* e da Doutrina Alemã no Direito Civil Brasileiro do Século XX. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2013. v. 938.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os Princípios Contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. *In*: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

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.

SANTOS, Carlos André Busanello dos. **Compra e Venda Imobiliária com Cláusula Resolutiva em Função da Forma de Pagamento**: repercussão no registro de imóveis. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SANTOS, Murilo Rezende dos. As Funções da Boa-fé Objetiva na Relação Obrigacional. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

SANTOS JÚNIOR, E. **Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido** (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

_____. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**. 7. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. II.

_____. **Curso de Direito Civil: fontes das obrigações: contratos**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela de confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Teoria da causa no Direito Privado. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da invenção à reconstrução. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. **Estudos de Direito Civil e Processo Civil: pareceres**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais: propostas para uma nova

delimitação de suas fronteiras. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA, Diniz. **Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações**. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord, 1961.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr./jun. 2014. v. 58.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de; BRAUNE, Marcelo. O pacto comissório na compra e venda de imóveis e o novo código civil. *In*: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Org.). **Doutrinas Essenciais: registro imobiliário: aquisição da propriedade**. 2. ed. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *In*: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). **Direito Civil-Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A Função Social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; KONDER, Carlos Nelson. Situações Jurídicas Dúpliques: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Doutrinas Essenciais: direito civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowlegde of the sellers*. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____. Autonomia privada e obrigações reais. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

_____. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

_____. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III.

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.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento Anterior ao Termo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Cláusula Resolutiva Expressa:** limites da autonomia privada na definição de sua disciplina e balizas para atuação judicial em sua execução. 2012. **Projeto de Tese** (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

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

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A Tutela da Autonomia Privada e a Utilização Atécnica dos Novos Princípios Contratuais. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). **Direito Civil Constitucional:** a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit Civil: les obligations.** 10. ed. Paris: Dalloz, 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral.** 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Obrigações Decorrentes da Compra e Venda Consensual Romana. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais:** obrigações e contratos: contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Comentado.** São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito Civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2012. v. II.

VIGARAY, Rafael Alvarez. *La Resolucion de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento*. Granada: Universidad de Granada, 1972.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão**: direito das obrigações: parte geral. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1983.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A Cláusula Resolutiva Expressa na Lei e nos Tribunais: o caso do termo de ocupação. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012.