



Questões: 34. *Interpretação do art. 475. Opções conferidas ao contratante inocente. O direito brasileiro também admite a execução pelo equivalente? Nesse caso, o que ocorre com o vínculo contratual?* 35. *Interesse positivo e negativo. O pedido de ressarcimento pelo interesse positivo é compatível com o pedido de resolução?* 36. *Contratos de duração. Limites da eficácia resolutive. Aplicação analógica do art. 128? Como calcular as restituições devidas de parte a parte? Regime das prestações eventualmente cumpridas após a formulação do pedido de resolução.*

Dita o artigo 475 do Código Civil que, ante o inadimplemento de uma das partes contratantes, pode a outra - a “parte lesada” na designação da lei ou, simplesmente, o “credor” da prestação inadimplida - optar entre o cumprimento do contrato e a sua resolução. Qualquer que seja a escolha, diz a lei, cabe indenização por perdas e danos¹.

1. Opção pelo cumprimento e execução pelo equivalente

Feita a opção pelo cumprimento, questão relevante é saber se a lei admite execução pelo equivalente² – discussão que diz respeito tanto à locução “*exigir-lhe o cumprimento*”, quanto à expressão legal “*perdas e danos*”. A resposta parece estar no próprio conceito de execução pelo equivalente.

Explica a doutrina portuguesa³ haver casos⁴ em que ocorre a substituição do direito inicial à prestação principal pelo direito à indenização, ao qual corresponde um “*verdadeiro dever de prestar (não um mero dever acessório de conduta) que é, porém, um dever secundário de prestação, inteiramente distinto do direito à prestação principal, mas que se enxerta na mesma relação de crédito, no mesmo direito (complexo) de obrigação*”. À realização coercitiva desse direito secundário à indenização, dá-se o nome de execução pelo equivalente⁵. Nesses casos, o

¹ A comparar a regra em análise com aquela disposta no art. 1.092 do Código Civil de 1916, vê-se que se passou a facultar expressamente ao credor a opção por exigir o cumprimento (o que, conquanto não expresse, já era pacífico, cf. 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.122).

² MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Perdas e Danos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p.664.

³ Cf. VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 7ª ed., 6a. reimp.. Almedina: Coimbra, 2011, v. II, p. 151. Pontes de Miranda, na mesma linha, afirma que “*o crédito do credor persiste o mesmo; há apenas mudança do conteúdo. A pretensão à indenização, às perdas e danos, é, aí, a mesma, pôsto que varie, para o que é possível prestar-se, a prestação primária. É de repelir-se a concepção que vê em tais circunstâncias duas pretensões, uma, à prestação prometida, e outra, ao sucedâneo. Não há: a) pretensão ao objeto prometido, b) pretensão a perdas e danos. Mas sim: pretensão ao objeto prometido (ou a perdas e danos). É certo que a indenização das perdas e danos resulta de ilícito relativo, mas o ilícito relativo não é criador de outro dever, nem de outro crédito. Aí, a grande diferença em relação ao ilícito absoluto.* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t.XXVI, p.71).

⁴ Para ANTUNES VARELA (Op. Cit. p. 151), ocorre a referida substituição nos seguintes casos: (i) impossibilidade imputável ao devedor; (ii) se o devedor, citado para pagar ou entregar a coisa na execução para pagamento ou entrega de coisa certa, não o faz, prosseguindo, o credor, com a execução com vistas a indenização; (iii) se o devedor se recusa a cumprir e o credor ingressa com ação executiva destinada a obter a prestação por terceiro às custas do devedor ou indenização correspondente (Op. cit.).

⁵ Na expressão de Orlando Gomes, que também a admite, “*execução genérica*”. Para o civilista baiano, trata-se de meio subsidiário, uma vez que a execução específica seria a forma por excelência de satisfazer o crédito: “a

dever de indenizar corresponde ao dever de prestar: ante a impossibilidade de cumprir-se *in specie*, cumpre-se mediante um substitutivo da prestação (a indenização), que assume a função a que a prestação se destinava⁶. A satisfação do interesse do credor não se atinge pela prestação, mas pela indenização.

Tal entendimento parece ser corolário da teoria clássica sobre a natureza jurídica da obrigação, à qual se filia ANTUNES VARELA⁷, que vê a obrigação como uma relação unitária. Diferentemente da teoria alemã do débito e da responsabilidade (*Schuld und Haftung*), que decompõem a obrigação em uma relação dupla, para a teoria clássica, a “ação creditória” (ação de cumprimento e execução), momento subsidiário da relação, assume diversas configurações: “*umas vezes destinando-se a prestação devida (execução específica ou mediante restituição natural), outras o ressarcimento do dano causado pelo não cumprimento (execução pelo equivalente)*”.

Há, porém, na doutrina lusa, quem enxergue forte identidade entre a execução pelo equivalente e a responsabilidade civil decorrente de danos causados no âmbito do contrato. CALVÃO DA SILVA afirma que a execução pelo equivalente não é meio ou instrumento que realiza a prestação devida, mas um meio que “*acaba por limitar-se a ressarcir os danos causados pelo inadimplemento*”, sendo, assim, “*a atuação da responsabilidade civil do devedor pelo não cumprimento (ou cumprimento defeituoso), em que o dever de indemnizar surge como dever secundário de prestação, em vez do dever primário*”⁸. Para o autor português, quando o credor recorre à ação de cumprimento, manifesta a vontade de obter a prestação originária; o pedido de condenação pelo equivalente, por sua vez, teria lugar em ação de reparação de dano causado pelo descumprimento, “*passando a obrigação do devedor a ter por objecto o ressarcimento do dano*”^{9,10}.

Na França, a discussão sobre a distinção entre a execução pelo equivalente e a responsabilidade civil contratual é acirrada. O artigo 1142 do Código de Napoleão estabelece que “*toda obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e interesses*¹¹ em caso de inexecução por parte do devedor” – regra similar àquela prevista no artigo 389 do nosso Código. À primeira

execução genérica ocorre quando impossível, física ou juridicamente, a outra” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.211-218).

⁶ Conforme decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, apoiando-se em doutrina de Adriano Pais da Silva Vaz Serra (440/07.4TVPRT.S1, 09/03/2010).

⁷ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10ª ed. Almedina: Coimbra, 2010, v.I, p.143-157.

⁸ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Coimbra, 1987, p.145.

⁹ SILVA, João Calvão da. *Op. cit.*, p.148.

¹⁰ No Direito Português, a regra relativa ao dever de indenizar do devedor inadimplente encontra-se no art. 798 do Código Civil (“*O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor*”); a execução coativa da prestação (inclusive pelo equivalente), para ANTUNES VARELA (*Op. Cit.*, p. 151), encontra guarida no art. 933, I, do Código de Processo Civil português.

¹¹ No original, “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*”. Perdas e interesses (em vez de perdas e danos) é também a expressão adotada por Teixeira de Freitas, em seu Esboço. Explica Agostinho Alvim que “*o Código Civil francês, para designar o dano emergente e o lucro cessante, usa da expressão dommages et intérêts (...). Esta expressão parece-nos preferível a de que usamos: perdas e danos. Com efeito, perdas e danos são expressões sinônimas, que designam simplesmente o dano emergente. Enquanto que, se dissermos danos e interesses, estaremos designando assim o dano emergente, a diminuição, como o lucro cessante, isto é, a privação do aumento*” (ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965, p.175). Sobre a expressão “interesse”, João Calvão da Silva (*Op. cit.*, p.62) diz que “*Interesse que é, como sabemos pela própria etimologia da palavra (inter est), o quid que está entre o homem (credor) e o bem, assente na necessidade ou carência de que aquele é portador*”. A impropriedade da expressão perdas e danos também é destacada por MARINO (*Op. cit.*, p.653-656), que aponta a aceção de perdas e danos como prejuízo.

vista, lá e aqui, parece tratar-se de regra de responsabilidade contratual, e não de execução das obrigações. Trata-se, para parte da doutrina francesa, de equívoco.

REMY critica o “*hábito de tratar a inexecução do contrato como um caso de responsabilidade civil (contratual, diversa da aquiliana, mas construída à imagem desta)*”¹². A visão contemporânea de uma responsabilidade contratual cuja função é a reparação de danos causados injustamente, afirma o autor, opõe-se “*em absoluto*” à “*doutrina do código*”, segundo a qual os “*danos e interesses*” devidos em caso de inexecução do contrato são um efeito das obrigações contratadas e têm, portanto, função de execução pelo equivalente (e não de responsabilidade civil)¹³. Ainda entre os franceses, TALLON¹⁴ diz que “*o contrato é feito para ser executado e a reparação pretendida é, em geral, apenas um substituto da execução. As perdas e interesses, sob a ótica contratual, assumem um papel diverso daquele que lhe é atribuído sob a responsabilidade aquiliana*”. Assim, quando o credor opta pela manutenção do contrato, “*colocam-se para ele possibilidades múltiplas. O que importa é obter a prestação prometida, se possível in natura, mas também, em parte ou totalmente, pelo equivalente*”.

Entre nós, a questão é pouco discutida. AGUIAR JÚNIOR¹⁵ salienta a diferença entre a execução pelo equivalente, a execução em espécie e a indenização por perdas e danos. Para ele, “*a indenização é a reparação do dano sofrido pelo credor, seja quando dá cumprimento ao contrato e executa o seu crédito, mas recebe apenas o equivalente da prestação convencionada, e não ela própria, seja quando resolve o contrato por incumprimento do devedor*”. A execução pelo equivalente teria lugar nas hipóteses dos arts. 234 (perda da coisa), 236 (deterioração da coisa) e 255 (impossibilidade de prestar em obrigações alternativas). A execução pelo equivalente teria lugar, pois, quando o Código assim expressamente o prevê.

Sob a égide do antigo Código Civil havia, no título dedicado à liquidação das obrigações, regra¹⁶ que previa que, se o devedor não pudesse cumprir a prestação, substituir-se-ia pelo seu valor em moeda corrente. A norma não tem equivalente no Código atual, que deixou ao direito processual as regras sobre liquidação das obrigações.

A “conversão em perdas e danos” é medida admitida pelo Código de Processo Civil, assim como o é seu requerimento pelo autor (no caso, o credor)¹⁷. Para a doutrina processualista, a execução pelo equivalente tampouco causa estranheza¹⁸.

¹² REMY, Philippe. *La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept*. Revue trimestrielle de droit civil. Abril, 1997, v.II, p. 323-355.

¹³ Entre nós, também Orlando Gomes (GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2011). Em nota introdutória à atualização da obra, Edvaldo Brito diz que o baiano “*sempre defendeu a Teoria da Unidade de Responsabilidade Civil, ao declarar imprópria a expressão responsabilidade civil contratual (...). O legislador de 2002 adotou essa ideia e, de logo, separou os efeitos do inadimplemento da prestação de uma obrigação, qualquer que seja sua fonte mediante (arts. 389 a 420), e os efeitos da responsabilidade civil, existente no contexto de uma obrigação, a de indenizar, cuja fonte mediante é específica, qual seja, o fato da violação de um direito, causadora de prejuízo, bem assim, caracterizada por uma prestação especial, a de indenização (art. 927 a 954).*”

¹⁴ TALLON, Denis. *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*. Revue trimestrielle de droit civil. Abril, 1994, vol.II, p. 223-238.

¹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 27.

¹⁶ Art. 1534 do Código Civil de 1916.

¹⁷ Diz o parágrafo primeiro do artigo 461 do Código de Processo Civil: “*A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente*”.

¹⁸ “*Costuma-se dizer que as obrigações de fazer e não fazer deverão, inicialmente, ser objeto de tutela específica, mas poderão ser convertidas em prestação pecuniária, tal como autoriza o art. 389 do CC, nos casos previstos no parágrafo 1º do art. 461. Isto é: os arts. 389 e 247 do CC funcionam simplesmente como dispositivos de autorização para a conversão de tais obrigações em prestação pecuniária, desde que presentes os pressupostos para essa*”

Do ponto de vista do direito material, por tudo o que se expôs até aqui, parece-nos lógico afirmar que (i) o direito brasileiro admite a execução pelo equivalente - por um lado, porque o direito secundário à indenização integra a relação obrigacional; por outro, porque as perdas e danos dos arts. 389 e 475, em leitura sistemática com o parágrafo primeiro do art. 461 do CPC, hão de ser encarados não (apenas) como responsabilidade civil com função reparatória, mas como “remédio” ante a inexecução contratual; (ii) a execução pelo equivalente é uma variedade da execução forçada do contrato e, assim como ocorre quando a prestação se realiza *in specie*, não implica, por si, dissolução do vínculo contratual. Entretanto, uma vez pago o equivalente, satisfaz-se o interesse do credor, extinguindo-se o vínculo, em razão do cumprimento.

2. A resolução e as respectivas perdas e danos

A despeito da possibilidade de exigir o cumprimento contratual em uma de suas espécies - execução específica ou cumprimento por equivalência, pode a parte lesada pelo inadimplemento pleitear a extinção do vínculo, pela via da resolução, cabendo, também nesse caso, um pedido acessório relativo às perdas e danos correspondentes.

2.1. Notas introdutórias sobre o interesse positivo e o interesse negativo

Apesar de prever indenização acessória à resolução, o Código Civil não deixa claro se o objetivo almejado é o *interesse negativo* ou o *interesse positivo* do credor. Na primeira hipótese, estaria a lei a estabelecer a necessidade de reposição do credor em situação equivalente à que se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado¹⁹, restando tutelada a sua confiança na celebração e no cumprimento do contrato²⁰. Na segunda, o credor seria colocado em situação equivalente à que se encontraria se tivesse sido o contrato exaurido pelo cumprimento²¹. O interesse positivo é, pois, o interesse do cumprimento, recebendo ênfase o benefício que teria o credor, tomando-se por base o objeto da prestação²².

Ressalte-se que nem o *interesse positivo* nem o *interesse negativo* devem ser confundidos com os danos emergentes e os lucros cessantes. “*Tanto no interesse negativo, quanto no positivo, indenizam-se o que a parte perdeu e o que ela deixou de lucrar*”²³. Tal como apontado por FERREIRA SILVA, a diferença fundamental entre o pleito pautado pelo interesse

conversão” e, ainda, “*Questão interessante a ser enfrentada é a de saber se o credor pode optar pela conversão da obrigação em perdas e danos ainda quando seja possível o seu cumprimento na forma específica. Haveria nisso uma novação objetiva unilateral? (...) Entendemos que o credor pode optar pela conversão da obrigação em prestação pecuniária mesmo que ainda seja possível o cumprimento na forma específica. Não há nisso qualquer ofensa ao princípio da menor onerosidade possível, tampouco se pode dizer que isso representaria, nos casos em que a obrigação decorre de convenção das partes, uma novação objetiva unilateral. Com efeito, embora o credor não possa exigir do devedor prestação diversa daquela que fora pactuada (interpretação a contrário sensu do art. 313 do CC), pode-se dizer que, ocorrido o inadimplemento, surge para esse credor o direito potestativo de optar entre o seu cumprimento na forma específica ou sua conversão em pecúnia – é o entendimento que se pode extrair da leitura dos arts. 247, 251 e 389, todos do CC, e do art. 461, 1º, do CPC. (...) Considerando, porém, que a tutela específica é um direito subjetivo do credor, sobrevindo o inadimplemento ele pode perfeitamente abrir mão desse direito, optando pela conversão do fazer ou não fazer em prestação pecuniária*” (DIDIER, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil - Execução**. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, v.5, p. 430-431).

¹⁹ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.136.

²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op.cit.* p.267.

²¹ ASSIS, Araken de. *Op.cit.*, p.136.

²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op.cit.* p.267.

²³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. **Inadimplemento das Obrigações**: comentários aos artigos 389 a 420 do Código Civil. Coordenadores Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.175.

negativo e aquele pautado pelo positivo é que, no segundo, os danos emergentes e lucros cessantes são constituídos pela perda decorrente do inadimplemento mais *o que o contrato geraria de lucro*²⁴. Afere-se “*o acréscimo que o contratante, em caso de cumprimento da avença, auferiria com o valor da prestação, descontado o valor da contraprestação, e mais a vantagem decorrente desse acréscimo, desde o dia previsto para o cumprimento até o da indenização*”²⁵. No interesse negativo, cujo objetivo é a restituição do credor ao *status quo ante*, restariam excluídos os lucros *decorrentes do contrato resolvido*, permanecendo abraçados, contudo, outros possíveis ganhos que o credor teria auferido em função de determinadas oportunidades concretas, que preteriu em razão da confiança depositada no cumprimento do contrato²⁶.

2.2. Os efeitos da resolução e sua (in)compatibilidade com o interesse positivo

É controversa a possibilidade de um pedido de resolução contratual sob o art. 475 cumular-se com pleito de indenização pelo interesse positivo. É que a *resolução* consiste no *desfazimento* da relação contratual, motivada por inadimplemento imputável ao devedor da prestação²⁷. Para ASSIS, a resolução responde a um imperativo de equidade²⁸ nos contratos em que existe uma recíproca dependência. De fato, “*o inadimplemento rompe o programa contratual e, remanescendo preso ao vínculo o parceiro fiel, o cumprimento unilateral do contrato implicaria uma atribuição patrimonial sem a devida contrapartida*”²⁹. Afirma MIRANDA, “*não há porque a outra parte continuar sujeita ao vínculo estabelecido entre elas, pela relação jurídica que decorre do contrato e que, em princípio, subsiste até o completo cumprimento das obrigações nele assumidas*”³⁰.

O Código Civil português equipara expressamente os efeitos da resolução aos da nulidade ou da anulabilidade do negócio jurídico³¹. Também por disposição expressa, os efeitos da resolução são retroativos, “*salvo se a retroatividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução*”³². Também estão em regra excluídas as prestações executadas nos contratos de duração³³. No mesmo sentido, também o Código Civil italiano dispõe expressamente sobre o efeito retroativo da resolução, ressalvadas as prestações executadas nos contratos de duração³⁴. O Código Civil brasileiro não contém disposição semelhante. Contudo, entende a doutrina que também no direito brasileiro a resolução produz efeitos retroativos³⁵. Determinada a

²⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Op.cit.*, p.175.

²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op.cit.* p.267.

²⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Op.cit.*, p.175.

²⁷ ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: artigos 421 a 480. Coordenadores Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.5, p.600.

²⁸ ASSIS, Araken de. **Comentários...**, *Op.cit.*, p.605.

²⁹ ASSIS, Araken de. **Comentários...**, *Op.cit.*, p.605.

³⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao Código Civil**: dos contratos em geral (arts. 421 a 480). Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013, p.423.

³¹ Art. 433º Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, com ressalva do disposto nos artigos seguintes.

³² Art. 434º, 1. A resolução tem efeito retroactivo, salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução.

³³ Art. 434º, 2. Nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas.

³⁴ Art. 1458. *La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti i esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l'effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite (1360).*

³⁵ Nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR afirma: “*Sendo a resolução o desfazimento da relação obrigacional por incumprimento de uma das partes, traz consigo a necessidade de reposição das circunstâncias assim como eram antes, razão pela qual não se pode colocar em dúvida a retroatividade do ato que resolve a relação, tirante os casos*

resolução, considera-se desfeito o contrato, restando os contratantes desvinculados, como se³⁶ nunca tivessem contratado³⁷.

Para AGUIAR JÚNIOR, o fundamento para que a resolução tenha efeito retroativo está na necessidade de recuperar a situação de equilíbrio entre as partes, tendo especialmente em vista a posição do credor que cumpriu a sua prestação e sofre com o descumprimento pelo devedor³⁸. Acontece que o descumprimento “*frustra o programa contratual e exige a reposição dos parceiros ao estado em que se encontrariam se não tivessem contratado*”³⁹. ASSIS indica como corolário óbvio da resolução o retorno dos parceiros ao status que se encontravam antes da contratação⁴⁰. Daí a equiparação proposta relativamente aos efeitos da resolução com os previstos para a nulidade ou para a anulabilidade, previsto pelo art. 182 do Código Civil⁴¹. Conforme relatado por MOTA PINTO, foi diante de panorama idêntico que se estabeleceu, em Portugal, a partir do Código de 1966, uma doutrina sustentando a inadmissibilidade de cumulação da resolução com uma indenização pautada pelo interesse do cumprimento, pois incompatíveis⁴².

De fato, uma vez considerada a equiparação dos efeitos da resolução com os da nulidade ou da anulabilidade do negócio jurídico, devendo as partes serem recolocadas no estado em que se encontrariam se o contrato não tivesse sido concluído, parece lógico que o mesmo fundamento prevaleça para as perdas e danos acessórios, que, em caso de resolução, haveriam de ser indenizados pelo interesse negativo. Ainda assim, estaria o interesse positivo tutelado pela legislação. Pelo art. 475 do Código Civil, o credor, lesado pelo inadimplemento, tem, em tese, a opção de resolver o contrato, quando não preferir exigir-lhe o cumprimento. Preferindo o credor o cumprimento, os prejuízos seriam indenizados pelo interesse positivo.

Contudo, parece possível questionar, relativamente ao direito brasileiro, se a regra da retroatividade dos efeitos da resolução, tal como acima apresentada, poderia ser considerada em absoluto, ou se, tal como ocorre no direito português e no italiano, poderia ser mitigada em casos excepcionais (por exemplo, quando “*contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução*”, também assim com relação às prestações executadas nos contratos de duração). Nesse caso, de acordo com que tem sido observado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a resolução poderia ser vista não apenas como “*destruidora da relação contratual*”, mas como figura “*reintegradora dos interesses em jogo*”, cogitando-se, eventualmente, haver espaço para sua cumulação com uma indenização pautada pelo interesse positivo⁴³.

de obrigações com prestação duradoura, que somente se resolvem para o futuro (resilição do contrato de locação, p. ex.)”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op.cit.*, p.257).

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Direito das obrigações: extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção. Rio de Janeiro: 1959, Tomo XXV, p. 307: “*A resolução é um como se. Tem-se o negócio jurídico concluído como se concluído não tivesse sido*”.

³⁷ ASSIS, Araken de. **Comentários...**, *Op.cit.*, p.635.

³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op.cit.*, p.258. No mesmo sentido, Daniel USTÁRROZ afirma como evidente a eficácia *ex tunc* da sentença que determina a resolução, uma vez que se pretende a correção da situação patrimonial dos contratantes, mediante restituição das prestações recíprocas (USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade Contratual**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.170).

³⁹ ASSIS, Araken de. **Comentários...**, *Op.cit.*, p.600.

⁴⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução...**, *Op.cit.*, p.133.

⁴¹ Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁴² MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo**. Coimbra: Almedina, 2008, v.II, p.1613.

⁴³ O precedente considerado em diversas decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal é o julgado relativo ao Processo 08B4052, de 2 de fevereiro de 2009. (STJ. Processo 08B4052. Rel. João Bernardo. Julgamento em 2 de fevereiro de 2009). Tratava o mérito da causa de um contrato de venda e financiamento de veículo, com reserva de

A título de exemplificação, uma situação excepcional em que a retroatividade dos efeitos da resolução poderia ser questionada em função da sua *finalidade* diz respeito aos casos em que a prestação descumprida houver se tornado *impossível* ou *inútil ao credor sob uma perspectiva objetiva*. Imagine-se que, para receber um grande evento, o dono de um estádio de futebol contrate com um fabricante de assentos para que entregue, em tempo determinado, assentos personalizados, aptos a atenderem às exigências específicas do produtor do evento. Entretanto, uma vez descumprido o prazo de entrega pelo fabricante dos assentos, resulta o dono do estádio prejudicado pela transferência do local do evento, tendo em vista não terem sido atingidos, em tempo, os requisitos estipulados do produtor do evento (justamente pela ausência dos assentos que não foram entregues).

Para esse tipo de caso, em que a prestação tenha se tornado *impossível* ou *inútil ao credor sob uma perspectiva objetiva*⁴⁴, parece fazer sentido a proposta apresentada por MOTA PINTO, de acordo com a qual restaria desfeito o vínculo, mas, ainda assim, mereceria o credor indenização pautada pelo interesse positivo, consistente no benefício líquido que teria se o contrato tivesse sido cumprido (deduzido da indenização, portanto, o valor correspondente a sua própria prestação, bem como as despesas que teria para auferir o benefício)⁴⁵. Assim, ainda que a indenização pelo interesse negativo possa ser considerada regra nos casos de resolução, haveria que se considerar, no direito brasileiro, a possibilidade de indenização pautada no interesse positivo⁴⁶, máxime quando o inadimplemento for tal que inviabilize a opção do credor pela exigência de cumprimento em espécie, nos termos do art. 475 do Código.

propriedade, garantido por um título de crédito em branco. Tendo o devedor deixado de pagar as parcelas do financiamento, foi notificado da resolução do contrato pela entidade financiadora, que preencheu no título de crédito os valores correspondentes às parcelas vincendas. A entidade financiadora, juntamente com a vendedora do veículo, ingressou com ação judicial pleiteando o reconhecimento de que permanecia proprietária do veículo, além de indenização consistente nas parcelas vincendas. Acontece que o devedor do financiamento havia vendido o veículo, sem autorização da entidade financiadora, restando impossibilitada a restituição. No curso do processo, discutiu-se se a indenização pleiteada pela entidade financiadora poderia ser concedida com base no interesse positivo. A questão foi ao Supremo Tribunal de Justiça, que, após ampla fundamentação, reconheceu abertura para uma indenização pautada pelo interesse positivo quando tivesse a resolução a função de “reintegradora dos interesses em jogo”. Ainda assim, adotou-se no caso a posição clássica: o interesse negativo haveria de prevalecer uma vez que as partes que ingressaram com a ação haviam manifestamente declarado interesse no desfazimento do contrato.

⁴⁴ O recorte proposto não tem por objetivo excluir outras possíveis situações em que a resolução poderia ser cumulada com o interesse positivo. Contudo, não parece totalmente satisfatória uma solução que permita a cumulação para todos e quaisquer casos, tal como parece conduzir a proposta por Daniel USTÁRROZ, firmando na equidade a razão de ser do instituto da resolução (USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica* (Porto Alegre), Rio Grande do Sul, v. 304, p. 32-53, 2003. Disponível em <http://www.spud.adv.br/siteantigo/cms/arquivos/file_2.pdf>. Acesso em 24-5-2014). Conforme pontuado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, a cumulatividade da resolução com o interesse positivo deve ser excepcional: “*Se se considerasse que o que resolve o contrato tem sempre direito a indemnização correspondente ao interesse que tinha com o cumprimento deste, estaríamos a, em termos práticos, ignorar tal figura no que a uma das partes respeita, gerando um desequilíbrio entre as partes inadmissível, ou usando a expressão de Menezes Leitão (ob. e loc. citados) ‘transformando o contrato de sinalagmático em unilateral, uma vez que determinaria uma sua liquidação num só sentido’*” (STJ. Processo 08B4052. Rel. João Bernardo. Julgamento em 2 de fevereiro de 2009).

⁴⁵ O autor questiona o posicionamento majoritário da doutrina portuguesa (que defende a incompatibilidade entre a resolução e a indenização pelo interesse positivo) diante de uma perspectiva de direito comparado que revela que a maioria dos países toma por admissível a cumulação entre os remédios. A sugestão proposta é pela possibilidade, mesmo nos casos de resolução, de uma indenização pautada no interesse positivo, limitada, contudo, pelo chamando *método da diferença*, ou seja, deduzindo-se da indenização o valor da contraprestação ainda não efetuada ou restituída (MOTA PINTO, Paulo. *Op.cit.*, pp.1639-1642).

⁴⁶ Ressalte-se, a título comparativo, que também a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), recentemente ratificada pelo Brasil, admite a possibilidade de cumulação da resolução com um pedido de indenização pelas perdas decorrentes do inadimplemento (arts. 45, 49 e 74).

3. Contratos de duração e limites da eficácia resolutive. Analogia ao art. 128?

Outra exceção ao regime geral da resolução, no direito brasileiro, parece ser aquela atinente aos contratos de duração. A doutrina brasileira, escudada na italiana^{47,48}, conceitua os contratos de duração como aqueles “*contratos de trato sucessivo e de execução continuada*”, nos quais “*o tempo corresponde ao interesse das partes na satisfação de uma necessidade duradoura; ele faz parte da causa final do contrato. Tem-se adimplemento continuado ou protraído no tempo. Ao passo que, na primeira hipótese [contratos de execução diferida], o tempo é suportado por uma, ambas ou todas as partes, em virtude da impossibilidade de obter a satisfação de seus interesses instantaneamente (pense-se [...] na empreitada), nas duas últimas o tempo é desejado pelas partes. Somente nos dois últimos casos há verdadeiramente contrato de duração em sentido próprio*”.⁴⁹ Nesses contratos não se fala de eficácia “*ex tunc*” para a resolução: nos contratos de duração, a eficácia só é desconstituída pela resolução a partir do inadimplemento.⁵⁰ Portanto, a eficácia da resolução nesses contratos é “*ex nunc*”,⁵¹ atingindo somente a contraprestação correspondente à prestação inadimplida.

A essa conclusão subjaz a constatação de que, nos contratos de duração, o decurso do tempo “*corresponde economicamente à satisfação continuativa dos interesses contratuais*”,⁵² de modo que neles a resolução defronta-se com interesses já satisfeitos⁵³ (e, se o interesse está satisfeito, não há porque desfazer a prestação, retornando ao estado anterior). Essa é a lógica consagrada no art. 128 do Código Civil, que determina que, se aposta a condição resolutive a um contrato de duração, uma vez implementada, sua eficácia não atingirá os “*atos já praticados*”, “*desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé*”⁵⁴. Uma vez que o referido artigo também trata de uma situação de resolução do negócio jurídico, guardando pertinência com o assunto ora tratado, a sua aplicação analógica pode

⁴⁷ O Código Civil brasileiro parece ter se apoiado no italiano, oferecendo as lições deste direito interessante ponto de partida ao jurista brasileiro. O artigo 128 do Código Civil parece se inspirar na segunda parte do artigo 1.360 do Código Civil Italiano (“*Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite (1465, 2655)*”). Por sua vez, o artigo 478 assemelha-se com a primeira parte do artigo 1.467 (“*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168)*”).

⁴⁸ OPPO, Giorgio. **I contratti di durata**. In: OPPO, Giorgio. *Obbligazioni e negozio giuridico*: Scritti giuridici III. Padova: CEDAM, 1992, p. 200 a 291.

⁴⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 832, ano 94, p. 115 a 137, 2005, p. 124. Pela aplicação no Brasil desta lição, também ARAÚJO, Paulo D. R. de. **Prorrogação compulsória de contratos a prazo**: pressuposto para sua ocorrência. 2011, 492 páginas. Tese de Doutorado em Direito Civil – Universidade de São Paulo. Versão disponibilizada pelo autor em formato digital. Vide, sobretudo, p. 80 a 97.

⁵⁰ OPPO, *op. cit.*, p. 273; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.*, p. 424 e 425. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, Tomo XXV, p. 307 (também, 305; 310; 377).

⁵¹ OPPO, *op. cit.*, p. 273; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, Tomo XXV, p. 305 e 306; ARAÚJO, *op. cit.*, p. 49, nota 53; MIRANDA, *op. cit.*, p. 424 e 425.

⁵² OPPO, *op. cit.*, p. 285.

⁵³ OPPO, *op. cit.*, p. 285.

⁵⁴ ARAÚJO a vê no art. 478 (*op. cit.*, p. 49, nota 53). No direito italiano, vide art. 1458, (nota 35), que trata especificamente da resolução dos contratos por inadimplemento, e o 1360, (nota 47), que trata da condição resolutive. No direito português, art. 434º (2), (nota 34), que trata da resolução por inadimplemento.

fornecer o fundamento jurídico-positivo para a eficácia "ex nunc" da resolução dos contratos de duração⁵⁵.

3.1. Cálculo das restituições devidas de parte a parte

Decorre da conclusão pela eficácia "ex nunc" da resolução dos contratos de duração, o seu regime especial de restituição.⁵⁶ A eficácia restitutória não atinge as prestações prévia e corretamente adimplidas⁵⁷ – restitui-se apenas aquilo que se prestou "a partir do momento em que se verificou a crise da relação contratual",⁵⁸ ou seja, o que se prestou em razão da prestação inadimplida ou após ela. Uma vez resolvido o contrato, as prestações devem ser restituídas preferencialmente *in natura*; não sendo possível, restitui-se pelo equivalente pecuniário.⁵⁹ Havendo depreciação da coisa, há que se indenizar.⁶⁰

Quanto aos melhoramentos e acessões, parte da doutrina, aplicando ao caso a disciplina da posse através daquela das "dívidas de restituição" (art. 240 e ss.), entende que há direito à retenção e à indenização desses, desde que provenientes de trabalhos ou dispêndios do devedor. Quanto aos frutos da coisa, aplicando-se a mesma disciplina (§ único do art. 242 e art. 1.214), entende-se que pertençam ao devedor enquanto dure sua boa-fé, "que cessará no momento do descumprimento".⁶¹

Por outro lado, parte da doutrina rejeita a aplicação dos referidos artigos⁶² e da disciplina da posse à restituição fundada na resolução, entendendo que os frutos devam ser restituídos⁶³ (e também, a que tudo indica, os melhoramentos e acessões). Argumenta-se que "a resolução tudo resolveu, no tocante à dívida e a seu adimplemento: nem aquisição da propriedade, nem posse, há de ser alegada contra o credor adimplente".⁶⁴ Entende-se que esta segunda corrente é mais coerente com o regime jurídico da resolução (apagar toda a eficácia do contrato e recolocar as partes em sua posição original)⁶⁵.

⁵⁵ No entanto, o recurso à aplicação analógica do art. 128 traz a dificuldade de determinar quando a manutenção dos efeitos do contrato será contrária ou conforme "à natureza da condição" (no caso, do inadimplemento) e à "boa-fé". A primeira dificuldade é enxergar pertinência entre a "natureza do inadimplemento" e os efeitos da resolução. O inadimplemento costuma ser classificado em relativo ou absoluto; imputável ou imputável; atingindo prestações principais ou secundárias. Em nenhum destes casos há pertinência entre a "natureza" do inadimplemento e a "profundidade" (expressão de ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p. 640) da eficácia da resolução que ele autoriza: esta eficácia liga-se à categoria de contrato (instantâneo ou de duração) e não de inadimplemento. Logo, parece não haver aplicação para esta parte do art. 128 aos casos de resolução por inadimplemento. Por sua vez, a análise da pertinência da eficácia "ex nunc" da resolução com os "ditames da boa-fé" parece reforço (para todos os negócios jurídicos) do disposto no art. 422 (contido no Título "Dos Contratos em Geral").

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 381 e ss., sobretudo p. 386.

⁵⁷ ASSIS, **Comentários...** *op. cit.*, p. 640.

⁵⁸ ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p. 593 e 640.

⁵⁹ ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p. 644; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 316.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 316. RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 13ª edição, p. 264.

⁶¹ ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p. 645.

⁶² PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 383 e 384. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 264: "dá-se o retorno como se nunca tivesse existido o contrato, ou seja, de forma integral, com todos os acessórios, com os frutos e rendimentos, incidindo as perdas e danos no caso de deteriorações ou perecimento".

⁶³ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 316 e ss.: "Não se apura se houve culpa, ou se não houve, após o recebimento. Não se trata de prestar, ou de contraprestar, mas sim de se devolver o recebido, pela pós-eliminação de efeitos"; também, p. 383 e ss. Vide também o artigo 84 da CISG.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 317.

⁶⁵ Ademais, a restituição nos contratos de duração atingirá, grosso modo, as prestações correspondentes à inadimplida. Destarte, pela visão do inadimplente, é impossível alegar a boa-fé da posse, visto que sabe ter dado causa à resolução e à restituição da coisa (ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p. 644). A resposta tampouco poderia ser

Logo, devem ser entregues os frutos⁶⁶, benfeitorias e acessões. Pelas benfeitorias necessárias há que se indenizar, pois fosse quem fosse o dono, teria de fazê-las. As úteis e voluptuárias que se possam levantar, levantam-se, as que não, entregam-se. Entende-se que as prestações pecuniárias sujeitam-se à correção monetária desde o desembolso.⁶⁷

Em suma, o panorama simplificado da restituição seria o seguinte:

PRESTAÇÃO	RESTITUIÇÃO
Dar coisa	(Prestação <i>in natura</i> feita após ou em razão da prestação inadimplida + frutos + acessões + benfeitorias) – (indenização por benfeitorias necessárias)
Fazer	Equivalente pecuniário ao valor de uso da prestação paga em razão da inadimplida + correção monetária desde a data da prestação
Não fazer	Equivalente pecuniário ao valor de uso da prestação paga em razão da inadimplida + correção monetária desde a data da prestação
Pagar quantia certa	Valor histórico da prestação paga em razão da inadimplida + correção monetária desde o desembolso + juros (frutos)

3.2. Regime das prestações cumpridas após a formulação do pedido de resolução

Na pendência da ação constitutiva⁶⁸ referente à pretensão à resolução, pode vir o devedor a cumprir uma prestação. Caso essa prestação possa ser entendida como purgação da mora, o direito à resolução “*nunca existiu*”⁶⁹, vez que apenas o inadimplemento absoluto⁷⁰ autoriza a resolução, de modo que, feita antes da contestação⁷¹, o processo deve ser extinto, mantendo-se o vínculo.

Por outro lado, se essa não se constituir como purgação da mora, ou seja, há inadimplemento apto a autorizar a resolução⁷², não haveria fundamento no direito brasileiro para obrigar o credor a aceitá-la. Por isso, pode ser rejeitada pelo credor. Neste caso, o credor que a recebeu e rejeitou deve restituí-la, com base no art. 876 (ou compensar, pelo art. 368).

No entanto, pode ocorrer que nos contratos de duração a prestação oferecida após a formulação do pedido equivalha a uma prestação que teria sido devida, posteriormente àquela inadimplida, não fosse o fato do inadimplemento. Neste caso, se o credor a aceita, entende-se que renunciou (tacitamente) ao pedido de resolução⁷³.

outra quanto ao credor, pois este conhece seu dever de restituir, tendo ele mesmo exercido, por sua opção, o direito à resolução.

⁶⁶ Concorde-se que se incluem nos frutos o valor do uso da coisa: “*Pelo uso do que foi recebido, e.g., maquinaria, cavalo, automóvel, tem de ser prestado o valor comum do uso ao tempo em que se usou; salvo se houve estipulação em dinheiro, ou em outro valor*” In: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV p. 317 e 318. Em dívidas pecuniárias, entendem-se os juros como frutos. In: WALD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Editora Saraiva, 21ª Edição, 2013, p. 182.

⁶⁷ ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p. 646.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 349 e 350.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo XXV, p. 364. ASSIS, **Comentários...** *op. cit.*, p. 652.

⁷⁰ E, admitindo a utilidade da categoria no direito pátrio, a violação positiva do contrato, que destrua o interesse na prestação principal: ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p.632; STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.245.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, Tomo XXV, p. 364. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1980, p.158.

⁷² E, admitindo a utilidade da categoria no direito pátrio, a violação positiva do contrato, que destrua o interesse na prestação principal: ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p.632. STEINER, *op. cit.*, p. 245.

⁷³ A renúncia do direito à resolução pelo comportamento é admitida por ASSIS, **Comentários...**, *op. cit.*, p.652.