

Revista dos
TRIBUNAIS

Ano 103 • vol. 942 • Abril / 2014

A TRANSFORMAÇÃO DA MORA EM INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI

Professor da Faculdade de Direito da USP.

Área do Direito: Civil; Comercial/Empresarial

RESUMO: Parecer jurídico sobre a transformação da mora em inadimplemento absoluto e respectivas consequências. No caso concreto, a supressão do interesse útil do credor se deu pela decisão do devedor de não permitir a superação do prazo inicial de vigência da relação contratual. Daí o direito do credor de requerer a resolução do vínculo, o pagamento da multa acordada e a indenização pelos prejuízos sofridos, na medida do interesse negativo.

PALAVRAS-CHAVE: Descumprimento contratual - Mora - Inadimplemento absoluto - Resolução - Interesse negativo.

ABSTRACT: Legal opinion on the transformation of delay in absolute breach and its consequences. In the case matter, the suppression of the interest of the creditor is due to the decision of the debtor to deny the extension of the initial term of effectiveness of the contractual relationship. Hence the creditor is entitled to demand the termination of the contract, the payment of the agreed fine and an indemnification for the damage suffered, on the extent of the negative interest.

KEYWORDS: Breach of contract - Delay - Absolute breach - Termination - Negative interest.

SUMÁRIO: 1. Objeto da consulta - 2. Síntese dos fatos: 2.A Programa contratual; 2.B Comportamento das partes - 3. Repercussão jurídica: 3.A Vicissitudes da relação contratual; 3.B Causa de extinção da relação contratual; 3.C Consequências da extinção da relação contratual - 4. Conclusões.

1. OBJETO DA CONSULTA

Consulta-me a Prestadora de Serviços (“Prestadora”), por intermédio de seu patrono, Dr. Luiz Gustavo Combat Vieira, a respeito da relação jurídica estabelecida com a Tomadora de Serviços (“Tomadora”), por força do Contrato de Prestação de Serviços de Administração de Cartão *private label* (“Contrato”), celebrado em 12.05.2008.¹

1. Os nomes dos litigantes e os dados do feito foram suprimidos para preservar a identidade das partes. Os valores em discussão foram mencionados apenas na medida necessária à devida qualificação jurídica dos fatos.

Nesse sentido, a Prestadora indaga-me a propósito das causas e consequências da extinção da relação contratual. Em particular, interessa à Prestadora saber se o término do vínculo entre as Partes se deu por força do inadimplemento da Tomadora ou se decorreu da expiração do prazo ajustado. Definida a causa da extinção da relação contratual, pergunto-me a Prestadora como é disciplinada a relação de liquidação eventualmente existente entre as Partes.

A Prestadora acredita que a resposta a tais questões tenha importância central para o desfecho do litígio ora em curso.

Para responder à consulta que me foi endereçada, afigura-se conveniente estruturar o raciocínio em duas partes. A primeira delas visa expor os fatos que me foram narrados pela Prestadora, de modo a abordar o programa contratual e o comportamento das Partes. A segunda se presta a qualificar tais fatos, com o escopo de examinar as vicissitudes da relação contratual e precisar tanto a causa como as consequências de sua extinção. Ao final, segue uma conclusão, na qual se encontram a síntese do raciocínio levado a efeito e as respostas às perguntas que me foram dirigidas.

Esclarecido o objeto da consulta e evidenciada a estrutura do texto, cumpro expor os fatos cuja apreciação é julgada relevante para que o litígio seja decidido em conformidade com o previsto na legislação brasileira. É o que se passa a fazer.

2. SÍNTESE DOS FATOS

2.A Programa contratual

O Contrato foi celebrado para que os cartões private label emitidos pelas Empresas Parceiras da Tomadora passassem a ser administrados com recurso a certo sistema, a ser "desenvolvido", "customizado" e "fornecido" pela Prestadora. No Contrato, o processo necessário a tanto foi qualificado como migração e dividido em três fases, de modo que o sistema desenvolvido pela Prestadora deveria ser homologado pela Tomadora, empregado em um projeto piloto e, por fim, estendido a todas as Empresas Parceiras.

O programa cuja execução as Partes se obrigaram encontra-se bem descrito no Contrato.

As "Considerações Preliminares" dão notícia de que a Tomadora objetiva va se valer dos serviços prestados pela Prestadora para administrar os cartões *private label* que mantinha ou viesse a manter junto a certos varejistas, qualificados como "Empresas Parceiras".

No mais das vezes, os chamados cartões *private label* são emitidos por um varejista em favor de dado cliente, para que sejam empregados preferencialmente nas relações jurídicas estabelecidas entre ambos. No Brasil, os primeiros cartões dessa natureza surgiram na década de 70, por iniciativa das sociedades Mappin e Mesbla. Nos dias de hoje, os varejistas costumam contratar uma Instituição Financeira para operar tais cartões.²

Os dados veiculados pela Associação Brasileira de Empresas de Cartão de Crédito revelam tratar-se de um segmento economicamente significativo. No ano de 2008, ocasião em que foi celebrado o Contrato, circulavam no Brasil aproximadamente 172.000.000 de cartões *private label*. Os últimos dados disponíveis são de 2012 e dão notícia de que hoje há cerca de 258.000.000 de cartões desse gênero no país.³

No caso sob análise, a Tomadora tinha em mira contratar a Prestadora para que passasse a auxiliá-la na gestão dos cartões *private label* junto às Empresas Parceiras atuais ou futuras. A Prestadora viria a desempenhar o papel até então confiado a outra sociedade empresária. De modo expressivo, a cláusula 5.^a do Contrato qualifica a substituição de sistemas de processamento de dados como "migração".

De acordo com o Contrato, a migração deveria ser efetuada em três fases, voltadas, respectivamente, ao desenvolvimento, à adaptação e, por fim, ao emprego do sistema junto a todas as Empresas Parceiras da Tomadora. As "Considerações preliminares" são expressas a respeito, ao dispor que a migração seria feita para o sistema "desenvolvido", "customizado" e "fornecido" pela Prestadora.

A fase inicial visava à criação de um sistema que pudesse atender às particularidades da operação que a Tomadora mantinha junto às Empresas Parceiras, no segmento dos cartões *private label*.

Previa-se que o término da primeira fase se daria com a homologação do sistema pela Tomadora. Em seguida, as Partes deveriam definir os detalhes necessários ao prosseguimento do processo de migração, nos termos da cláusula 1.1 do Contrato.

O próximo passo previsto foi a implantação do sistema junto a um dos varejistas que já empregasse os cartões *private label* da Tomadora. De maneira significativa, as cláusulas 5.1 e 5.2 do Contrato qualificam esse primeiro projeto como "piloto".

2. Cf. COELHO, Marcelo Gonzales. *Estratégia de integração vertical no mercado de cartões private label*. Dissertação, São Paulo, Ibmec, 2007, p. 46-49.

3. Cf. www.abecs.org.br/, consultado em: 29.01.2013.

Posto em operação o projeto piloto, a migração deveria ser estendida para todas as Empresas Parceiras da Tomadora, que, assim, passariam a se valer exclusivamente do sistema desenvolvido e adaptado pela Prestadora. Nesse sentido, as Partes se obrigaram a estabelecer um "cronograma de migração", destinado a detalhar o modo pelo qual se daria a implantação do sistema da Prestadora junto às Empresas Parceiras. Os propósitos e obrigações das Partes aqui narrados encontram-se previstos, em particular, nas cláusulas 1; 5.2; 6.1, alíneas a a g e j a l, e 7.1, alíneas b a d do Contrato.

Não é casual, pois, que, ao tratar da fase final de migração, a cláusula 8.1, alínea b, do Contrato, confira à Prestadora o prazo de apenas 30 dias corridos, contados da data de aprovação do respectivo *layout*, para desenvolver o cartão de cada uma das Empresas Parceiras. Ultimada a implantação do sistema junto ao varejista escolhido para o projeto piloto, seu emprego junto às demais Empresas Parceiras deveria seguir ato contínuo.

Diante disso, pode-se afirmar que as fases de desenvolvimento, adaptação e emprego generalizado do sistema seriam concluídas, respectivamente, mediante a homologação do sistema pela Tomadora, a execução do projeto piloto e, por fim, sua implantação junto a todas as Empresas Parceiras.

A leitura do Contrato evidencia que a conclusão do processo de migração era essencial para que as partes pudessem atingir os resultados econômicos que justificaram a celebração do Contrato.

De um lado, a Tomadora poderia contar integralmente com os serviços da Prestadora, julgados mais vantajosos ao desenvolvimento do segmento de cartões *private label*. De outro, a Prestadora passaria a receber remuneração que lhe permitiria recuperar os investimentos realizados e auferir lucro com o negócio.

Nesse particular, aliás, não se deve perder de vista o disposto pelas Partes na cláusula segunda, destinada a disciplinar as "Condições Comerciais". Na cláusula 2.1, as partes estimaram que a "movimentação financeira mensal resultante da utilização dos cartões *private label*" gravitaria em torno de R\$ 4.000.000,00. A remuneração da Prestadora foi fixada em 1,5% dessa base de cálculo e, portanto, estimada em R\$ 60.000,00 por mês. Na cláusula 2.1.1, as Partes se comprometeram a estipular um pagamento adicional à Prestadora, sempre que a movimentação financeira mensal superasse o patamar acima referido.

De acordo com a cláusula 12.1, a relação contratual foi prevista para vigor por prazo não inferior a 24 meses. Na sequência, as Partes projetaram-na para perdurar por tempo indeterminado, ressalvada a prerrogativa de qualquer uma

delas denunciá-la, desde que observado aviso prévio de 60 dias, conforme demonstra a cláusula 12.2.

A propósito, é significativo que os 24 meses sejam qualificados como "prazo inicial de vigência" pela cláusula 12.1 e que a cláusula 12.2 disponha que "ao final do prazo inicial previsto no item anterior, o contrato terá sua renovação automática por prazo indeterminado".

De maneira sintética, portanto, pode-se afirmar que as Partes se engajaram em um negócio voltado a promover a migração para dado sistema e destinado a se prostrar indefinidamente no tempo, a fim de que, de um lado, a Tomadora pudesse desenvolver o segmento de cartões *private label* e, de outro, a Prestadora auferisse remuneração lucrativa.

Todos esses aspectos se encontram suficientemente disciplinados no Contrato e delimitam o programa cuja realização ambas as Partes se obrigaram. Chegou a hora, portanto, de verificar se o comportamento dos contratantes correspondeu ao que pactuaram por meio do negócio celebrado em 12.05.2008.

2B Comportamento das partes

No curso da execução do Contrato, foram superados os dois primeiros fases da migração, pois o sistema foi desenvolvido pela Prestadora e posto em operação junto à Empresa Parceira escolhida para o projeto piloto. A Tomadora, no entanto, se recusou a levar adiante a terceira fase da migração, por ter perdido o interesse no segmento de cartões private label.

Celebrado o Contrato, a Prestadora desenvolveu o sistema e o submeteu à apreciação da Tomadora. De comum acordo, as Partes decidiram que o projeto piloto seria executado junto a dado Varejista ("Varejista"). Assim, chegou ao fim a primeira fase do processo de migração, conforme indicava, inclusive, o fluxograma preparado para ordenar a execução do Contrato.

A escolha não foi casual. O Varejista possuía um número reduzido de cartões e mantinha um bom relacionamento com a Tomadora. Tratava-se, assim, de parceiro ideal para por em marcha o projeto piloto, o que de fato ocorreu em 26.03.2009.

Nessa ocasião, a Prestadora já contava com a necessidade de promover os ajustes que sempre são exigidos para que um sistema venha a operar plenamente. Em adição, porém, a Prestadora teve que lidar com problemas decorrentes da imprecisão da base de dados com que trabalhava sua antecessora, cuja responsabilidade corria por conta da Tomadora, nos termos das cláusulas 7.1, alínea m, e 17.10, do Contrato.

Não obstante as dificuldades, a execução do projeto piloto foi bem sucedida. Há, inclusive, documento datado de 27.07.2009, por meio do qual o Varejista dá notícia de que o sistema estava "ajustado" e "funcionando" e reclama pelo fato de a Tomadora não atender à sua "demanda" de "emitir cartões para os novos cadastros".

No curso da instrução probatória, a prova pericial comprovou que o sistema "estava operante". Chegou a termo, assim, a dúvida que a Tomadora procurou suscitar a respeito, ao alegar que não lhe fora possível homologar o sistema e que, portanto, a execução do Contrato jamais ultrapassara a primeira fase do processo de migração.

Posto em execução o projeto piloto, as Partes se encontravam obrigadas a preparar um "cronograma de migração e implantação", a fim de que o sistema desenvolvido e adaptado pela Prestadora fosse implementado em "todos os demais cartões *private label*" da Tomadora, conforme disposto na cláusula 5.2 do Contrato.

A partir desse momento, registra-se uma mudança de comportamento por parte da Tomadora, cuja razão somente mais tarde viria a ser conhecida pela Prestadora.

De um lado, a Tomadora não se dispôs a discutir o plano de migração que lhe fora enviado pela Prestadora, nem a participar da definição do cronograma destinado a precisar os detalhes relativos à implementação do sistema junto às demais Empresas Parceiras, conforme previsto nas cláusulas 1; 5.2 e 7.1, alíneas *b* a *d*, do Contrato.

De outro, não efetuou qualquer pagamento à Prestadora pelos serviços prestados durante vários meses, ao arrepto do estipulado nas cláusulas 2.1; 2.6; 2.7; 2.8; 2.8.1 e 7.1, alínea *o*, do Contrato. Na leitura da Tomadora, o "total da movimentação financeira resultante da utilização dos cartões *private label*", base de cálculo da remuneração devida à Prestadora, não compreenderia nem os juros, nem as anuidades pagas pelos usuários. Por haver divergência interpretativa a propósito, a Tomadora preferiu deixar de cumprir suas prestações e não efetuou, sequer, o pagamento do montante incontroverso, como determinava a cláusula 2.8.1 do Contrato.

A Prestadora tolerou o descumprimento da Tomadora e não exerceu a prerrogativa de suspender os serviços que lhe foram confiados, embora pudesse fazê-lo com arripio na cláusula 2.9. Para a Prestadora era essencial que a Tomadora honrasse o pactuado, a fim de que fosse atingida a movimentação financeira mensal de R\$ 4.000.000,00, prevista nas cláusulas 2.1 e 2.1.1. Somente assim, sua remuneração lhe permitiria recuperar os investimentos realizados para desenvolver o sistema e auferir lucro com a celebração do Contrato.

Os entendimentos entre as Partes se protrahiram no tempo e a Tomadora chegou a efetuar parte dos pagamentos devidos. No momento em que teve início o litígio, todavia, restavam pendentes pagamentos no importe de algumas dezenas de milhares de reais.

Além disso, embora tenha sido continuamente instada a tanto, a Tomadora não permitiu que fosse levada adiante a terceira fase do Contrato, destinada a estender a utilização do sistema da Prestadora a todas as Empresas Parceiras, conforme previam as cláusulas 1; 5.2; 6.1, alíneas *a*, *b* e *d*; e 7.1, alíneas *b* a *d*.

Foram necessários não menos de sete meses para que a Prestadora fosse formalmente informada da razão que presidia a recusa da Tomadora a implementar o sistema junto às Empresas Parceiras. De fato, no período compreendido entre julho de 2009 e fevereiro de 2010, a Tomadora não pôs em dúvida a continuidade da migração e encontrou na possibilidade de aprimorar o funcionamento da operação que se encontrava em curso junto ao Varejista a justificativa para postergar o emprego do sistema junto às demais Empresas Parceiras. Segundo a Tomadora, não lhe era possível homologar o sistema, providência que julgava imprescindível para que fosse superada a primeira fase de execução do Contrato.

Nesse interregno, a Prestadora não tinha razões para acreditar que a execução da fase final da migração estivesse em xequê. De resto, a Prestadora já investira aproximadamente R\$ 1.328.435,83, em valores históricos, e dependia da execução do negócio para recuperar o montante.

A propósito, não é excessivo recordar que o programa contratual fora projetado para durar e que os primeiros 24 meses da relação contratual foram qualificados pelas Partes como o "prazo inicial de vigência", nos termos da cláusula 12.1.

Em 19.02.2010, no entanto, a Tomadora finalmente decidiu externar a razão que militava contra a execução da fase final do processo de migração. Nessa ocasião, a Tomadora enviou notificação à Prestadora para comunicá-la que perdera o interesse em desenvolver o segmento de cartões *private label* e que, por conseguinte, a relação contratual não superaria o seu prazo inicial de vigência. Deixou claro, assim, que o vínculo entre as Partes chegaria ao fim em 11.05.2010, conforme previsto na cláusula 12 do Contrato.

O teor da notificação também revelou que já se encontrava em curso o processo de extinção das relações contratuais mantidas com as Empresas Parceiras, as quais, muito em breve, não mais poderiam contar com a emissão dos cartões *private label*. Ao menos 17 dias antes, ou seja, desde 02.02.2009, a Tomadora passara a notificar as Empresas Parceiras nesse sentido.

Diante da notícia de que a Tomadora perdera o interesse no segmento dos cartões *private label* e que, portanto, pretendia pôr fim à relação contratual, a Prestadora reagiu. Assim, em 01.03.2010 enviou notificação extrajudicial, na qual apontou os descumprimentos contratuais imputáveis à Tomadora, reclamou a resolução da avença e exigiu o pagamento das prestações em atraso e das demais perdas e danos que sofrera. Posteriormente, em 27.05.2010, a Prestadora ainda enviou notificação judicial, na qual reiterou os termos centrais da correspondência encaminhada em 01.03.2010.

Não houve acordo entre as Partes e sobreviveu o litúgio ora em andamento.

São esses, em síntese, os fatos que me foram narrados pela Prestadora. Sua consideração é o suficiente para constatar haver uma importante divergência entre as Partes no que toca à causa da extinção da relação contratual.

Para a Tomadora, o negócio teve seu curso normal e chegou ao fim nos termos da cláusula 12.1 do Contrato. Em adição, a Tomadora afirma que o sistema desenvolvido pela Prestadora não chegou a funcionar e pleiteia o ressarcimento dos prejuízos que acredita ter sofrido por isso. De acordo com a Tomadora, o sistema jamais foi por ela formalmente homologado, de modo que a migração não ultrapassou a primeira fase. Além disso, a Tomadora entende ter efetuado todos os pagamentos devidos, pois, a seu ver, os juros e as anuidades não integram a base de cálculo da remuneração devida à Prestadora.

Diversamente, a Prestadora sustenta que a Tomadora descumpriu o pactuado e que a relação contratual deve ser considerada resolvida por inadimplemento, do que decorre, inclusive, seu direito a receber os pagamentos pelos serviços prestados e a ser indenizada pelos investimentos levados a efeito para dar cumprimento ao pactuado.

Convém, assim, examinar o conjunto de acontecimentos à luz do ordenamento jurídico brasileiro, para verificar a quem assiste razão. É do que se passa a cuidar.

3. REPERCUSSÃO JURÍDICA

3.1 Vicissitudes da relação contratual

Ao se recusar a levar a efeito a terceira fase da migração e deixar de efetuar os pagamentos devidos à Prestadora, a Tomadora descumpriu as obrigações previstas nas cláusulas 2.1, 2.6; 2.7, 2.8, 2.8.1 e 7.1, alíneas b a d e o, do Contrato.

Qualificar o comportamento das Partes durante a execução do Contrato é imprescindível à solução da controvérsia que entre elas se instaurou.

O argumento da Tomadora é linear. Segundo afirma, a relação contratual chegou a termo em 11.05.2010, exatamente como previsto na cláusula 12.1. A Tomadora alega, ainda, ter dado integral cumprimento às suas obrigações, pois efetuou o pagamento integral da remuneração devida à Prestadora. A seu ver, foi a Prestadora que não observou o avençado, pois o sistema nunca foi posto em funcionamento, de modo que a execução do processo de migração não ultrapassou a primeira fase. A Tomadora não formulou, entretanto, pedido de resolução da relação contratual por inadimplemento imputável à Prestadora.

Embora as estipulações não sejam particularmente precisas, a leitura conjunta das cláusulas 12.1 e 12.2 evidencia que qualquer das partes poderia se opor ao prosseguimento da relação contratual por prazo superior a 24 meses, desde que notificasse a outra com antecedência de, ao menos, 60 dias. A Tomadora seguiu o avençado e enviou à Prestadora notificação nesse sentido em 19.02.2010.

Diante disso, restava claro que a relação contratual não ultrapassaria os 24 meses previstos como “prazo inicial de vigência”. Ainda que as cláusulas 12.1 e 12.2 demonstrem que a avença foi projetada para perdurar por tempo indeterminado, ambas as Partes assumiram o risco de que o negócio viesse a terminar depois dos 24 meses iniciais. Não lhes era dado, consequentemente, objetar à extinção do vínculo ao final desse interregno.

Deve-se ter presente, no entanto, que ambas as Partes se encontravam plenamente vinculadas à observância do pactuado até o dia 11.05.2010, data de término do “prazo inicial de vigência”. Por outras palavras, tanto a Tomadora quanto a Prestadora estavam adstrietas a dar integral cumprimento à avença antes que sobreviesse a extinção da relação contratual no prazo assinado na cláusula 12.1.

Não é privada de sentido, portanto, a pretensão da Prestadora de obter a resolução da relação contratual por descumprimento imputável à Tomadora anterior ao dia 11.05.2010. Afinal, nesse período, a Tomadora se encontrava plenamente vinculada à observância do contratado e respondia pelas consequências de sua eventual inexecução, dentre as quais figurava, inclusive, a possível resolução da relação jurídica.

Desse modo, antes de dar por boa a alegação de que a relação contratual chegou a termo na data prevista na cláusula 12.1, é necessário verificar se a Tomadora executou as obrigações que lhe cabiam.

A narração dos fatos evidencia que a Tomadora não deu cumprimento ao pactuado. Nesse particular, o aspecto central a ser considerado é a inobservância da obrigação de promover a migração para as demais Empresas Parceiras tão logo o projeto piloto fosse posto em funcionamento.

A propósito, aproveitava recordar que o projeto piloto foi desenvolvido junto ao Varejista e que se encontrava “ajustado” e “funcionando” ao menos desde 27.07.2009. Nessa mesma data, aliás, o Varejista advertia a conveniência de “emitir cartões para os novos cadastros” e não conseguia compreender porque a Tomadora criava empecilhos ao atendimento dessa “demanda”.

Restavam então mais de nove meses para que fosse levada a efeito a fase final da migração, destinada a implantar o sistema da Prestadora junto a todas as Empresas Parceiras.

Como posteriormente se veio a saber, a Tomadora perdera interesse no segmento dos cartões *private label* e, por isso, não mais via vantagem em dar seguimento a uma atividade que viria a encerrar logo adiante.

Por certo, a postura da Tomadora não foi gratuita, pois há fundamento econômico facilmente compreensível a justificá-la. Para a Tomadora, chegara a hora de pôr fim ao segmento; já não era mais oportuno, portanto, promover qualquer aprimoramento em sua gestão, nem gerar nas Empresas Parceiras a crença de que poderiam continuar a se valer dos cartões *private label*. Destarte, o encerramento prematuro do processo de migração secundava seus interesses.

Conforme já se ensinava no século XVII, no entanto, os contratos implicam alienação voluntária e parcial da liberdade de que todos dispomos para perseguir os próprios objetivos.⁴

No caso sob exame, a liberdade de agir da Tomadora se encontrava limitada pelo que avencara com a Prestadora. Em particular, a Tomadora estava obrigada a promover a terceira fase da migração, a fim de que o sistema desenvolvido e adaptado pela Prestadora fosse implementado em todas as Empresas Parceiras pelo menos até 11.05.2010.

Ao se recusar a promover a terceira fase do processo de migração, a Tomadora deixou de cumprir diversas obrigações constantes do Contrato. Em especial, foram violadas as seguintes cláusulas:

“5.2. A partir das conclusões extraídas do levantamento técnico do piloto, as Partes assinarão um aditamento ao presente contrato, estabelecendo um cronograma de migração e implantação, bem como as regras de migração do sistema anteriormente utilizado pela Tomadora para o sistema Prestadora, para todos os demais cartões Private Label da Tomadora”;

“7.1. São obrigações da Tomadora: (...)”

b) determinar a rede de aceitação dos cartões junto às Empresas Parceiras;

c) estabelecer com as Empresas Parceiras prazos e condições comerciais compatíveis com os contemplados neste contrato, dando ciência à Prestadora de tais condições;

d) garantir e viabilizar o acesso às Empresas Parceiras que seja necessário à operação da Prestadora.”

O fato de o sistema implantado no projeto piloto comportar melhoramentos não conferia a qualquer das Partes a prerrogativa de sobrestar a execução da terceira fase da migração.

De um lado, não há qualquer estipulação nesse sentido. De outro, a racionalidade econômica subjacente ao Contrato evidencia que o emprego do sistema junto a todas as Empresas Parceiras era essencial para que ambas as Partes pudessem extrair os proveitos que justificaram a celebração do negócio.⁵

No caso sob exame, aliás, as Partes tomaram o cuidado de deixar bastante evidente o escopo do negócio, ao disporem, já na cláusula 1, que o “objeto principal da contratação” consistia no emprego do sistema desenvolvido e adaptado pela Prestadora para administrar os “cartões magnéticos emitidos tanto pelas Empresas que já são parceiras da Tomadora quanto por aquelas que ainda o serão”.

Desse modo, para que se possa conferir sentido prático a todas as estipulações contratuais, não pode haver dúvida de que a execução da terceira fase da migração se fazia de rigor tão logo o projeto piloto se encontrasse “ajustado” e “funcionando”. Não é por outra razão que a cláusula 8.1 determinava que o cartão de cada uma das Empresas Parceiras fosse providenciado no prazo de 30 dias depois da aprovação do respectivo *layout*.

Sistemas de processamento de dados sempre podem ser aprimorados. Com o pedão pela obrigatoriedade, o Contrato não visava o desenvolvimento de um sistema perfeito. Bastava que funcionasse de maneira adequada. Precisamente por isso, as Partes decidiram submetê-lo à prova, por meio do projeto piloto.

5. Conforme ensina a doutrina, a consideração da racionalidade econômica subjacente é imprescindível à devida interpretação dos contratos comerciais. Nesse sentido, por todos, cf. FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo, Ed. RT, 2009, p. 222-223; *Interpretação dos negócios empresariais*, in: Wanderley Ferrandes (coord.), *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 113-114; e *Apostamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e o Código Comercial de 1850*, RDM 141:31/59.

4. A lição é de Hugo Grócio. A propósito, cf. ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. New York, Oxford, 1996, p. 544 e 568.

Superada essa fase, ambas encontravam-se obrigadas a promover seu emprego junto as demais Empresas Parceiras. Nem mais, nem menos.

Raciocinar em sentido contrário conferiria sentido inusitado ao conjunto de cláusulas, pois bastaria a qualquer das Partes invocar a possibilidade de promover aprimoramentos para se escusar de proceder à terceira e última fase da migração.

Não obstante as dificuldades lógicas que semelhante modo de pensar encerra, foi justamente nele que a Tomadora se foy para deixar de cumprir suas obrigações. Para a Tomadora, seguir a primeira fase da migração chegara a fim, pois o sistema não fora formalmente homologado.

Os dados de fato revelaram, no entanto, que a fase inicial chegara a termo no momento em que as partes, de comum acordo, decidiram levar adiante o processo de migração, mediante a execução do projeto piloto que, logo em seguida, se encontrava “ajustado” e “funcionando”.

Não havia, assim, fundamento jurídico que consentisse à Tomadora deixar de completar o processo de migração. Tudo se devia, em verdade, à decisão de pôr fim ao segmento dos cartões *private label*. Foi por isso que a Tomadora optou por descumprir as obrigações que assumira nas cláusulas 1, 5.2 e 7.1, alíneas *b a d*, do Contrato.

Em adição, a Tomadora deixou de efetuar o pagamento devido pelos serviços prestados. A inexecução da obrigação de pagar foi total durante vários meses consecutivos, até novembro de 2009. Embora parte da dívida tenha sido posteriormente saldada, no momento em que teve início o litígio, ainda restavam pendentes de pagamento algumas dezenas de milhares de reais.

Com isso, a Tomadora descumpriu o previsto nas seguintes cláusulas:

“2.1 – A Prestadora, em retribuição pelos serviços prestados, receberá, mensalmente, da Tomadora, a título de taxa de administração, sobre o total da movimentação financeira resultante da utilização dos cartões *Private Label* do mês de apuração, o percentual de 1,5% (um e meio por cento) até o montante de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais)”;

“2.6 – Os pagamentos à Prestadora pela Tomadora serão realizados até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das transações, contra a emissão e apresentação da fatura”;

“2.7 – Na hipótese de atraso de cumprimento desta obrigação, a Prestadora cobrará da Tomadora juros de 1% (um por cento) ao mês *pro rata die* e uma multa de 2% (dois por cento), sobre o valor total da nota fiscal do referido mês”;

“2.8 – Na hipótese de discordância com relação ao valor de qualquer fatura, Tomadora terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas antes do vencimento para comunicar por escrito tal fato à Prestadora, podendo tal comunicação ser transmitida via fax, e-mail ou outro meio que seja possível registrar a divergência dos valores cobrados na fatura”;

“2.8.1 – A mera comunicação, pela Tomadora, de discordância quanto ao valor mencionado na fatura, não isenta a Tomadora de proceder ao pagamento do saldo incontroverso, na data de vencimento acordada”, e

“7.1. – São obrigações da Tomadora: (...);

o) efetuar o pagamento pelos serviços prestados conforme estipulado no item 2.1 da Cláusula Segunda deste contrato.”

Para deixar de cumprir a obrigação de pagamento, a Tomadora afirmou que a remuneração da Prestadora correspondia a 1,5% dos valores pagos pelos usuários dos cartões *private label* com a aquisição de produtos ou serviços. Ficariam de fora da base de cálculo, sobretudo, os juros e as anuidades pagas por tais usuários, por força do previsto nas cláusulas 2.3 e 2.3.1 do Contrato.

Semelhante entendimento é prontamente rechaçado pela leitura do Contrato. Isso porque a cláusula 2.1 prevê com bastante clareza que a remuneração da Prestadora seria calculada a partir do “total da movimentação financeira resultante da utilização dos cartões *private label* do mês de apuração”. Segue-se daí que a base de cálculo compreende todos os valores pagos pelos usuários dos cartões, de modo a abranger o principal, os juros e as anuidades. Trata-se, aliás, da prática de mercado, segundo testemunha ouvida na audiência de instrução.

Além disso, diversamente do sustentado pela Tomadora, as cláusulas 2.3 e 2.3.1 referendam o critério empregado pelas Partes para definir a base de cálculo dos pagamentos devidos à Prestadora.

A cláusula 2.3 estabelece que novos produtos ou serviços “eventualmente implantados” pela Tomadora não comportam a base de cálculo. Por outras palavras, os proveitos oriundos de produtos ou serviços “agregados” pela Tomadora não seriam compartilhados com a Prestadora. Para produtos ou serviços diferentes, regras diferentes.

Na cláusula 2.3, não há nada que leve a crer que os valores pagos pelos usuários a título de juros ou anuidades estivessem de fora da base de cálculo. O pagamento de juros e de anuidade é correto, não se confunde com produtos ou serviços “agregados” pela Tomadora e, portanto, encontra-se compreendido no conceito de “movimentação financeira resultante da utilização dos cartões *private label*”.

A cláusula 2.3.1, por sua vez, cria regra especial para a remuneração por serviços ou produtos “não financeiros”, “eventualmente implementados pela Prestadora”. Nessa hipótese, as Partes se obrigaram a negociar em apartado o valor devido à Prestadora, pois carecia de sentido empregar o “total da movimentação financeira” como base de cálculo.

De resto, ainda que a cláusula 2.1 fosse ambígua, seria necessário interpretá-la em desfavor da Tomadora que a redigiu e, assim, seguramente poderia ter incluído com suficiente clareza a limitação em que se apoiou para deixar de efetuar o pagamento devido. No caso de dúvida, portanto, prevaleceria a interpretação *contra proferentem*, hoje positivada no art. 423 do CC.

Salta aos olhos, assim, que a Tomadora deixou de adimplir as obrigações previstas nas cláusulas 2.1; 2.6; 2.7; 2.8; 2.8.1 e 7.1, alíneas b a d e o, do Contrato, pois perdera interesse no segmento de cartões *private label*. Cabe, agora, verificar se o descumprimento deve ser qualificado como mora ou como inadimplemento absoluto, pois o enquadramento em uma ou outra categoria é cheio de consequências para o direito brasileiro.

3.B Causa de extinção da relação contratual

Ao se recusar a proceder a fase final da migração, deixar de efetuar os pagamentos devidos e se opor a superação do “período de vigência inicial”, a Tomadora privou a Prestadora da possibilidade de satisfazer o interesse útil que justificou a celebração do Contrato. Diante do inadimplemento absoluto da Tomadora, é de rigor o acolhimento do pedido de resolução da relação contratual formulado pela Prestadora.

Todos os dados necessários para promover a distinção entre as principais espécies de inadimplemento encontram-se expressos no Código Civil, a começar pelo conceito de mora. Por sua importância para o desfecho do caso, convém transcrever o dispositivo:

“Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

A mora pressupõe que a prestação ainda possa ser cumprida, de maneira a satisfazer o interesse subjacente à celebração do Contrato. Não é por acaso, portanto, que o capítulo destinado a discipliná-la termine justamente com as regras atinentes à chamada purgação da mora, a saber:

“Art. 401. Purga-se a mora:

I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II – por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.”

Nem sempre, todavia, o descumprimento comporta emenda. Na hipótese de a inexecução privar o credor do interesse consubstanciado no Contrato, o Código Civil lhe permite recusar a prestação e exigir o pagamento de perdas e danos.

“Art. 395. (...).

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

Fundada em ambos os dispositivos, a doutrina estabeleceu há muito a distinção entre mora e inadimplemento absoluto. A mora, também chamada de inadimplemento relativo, consiste na inexecução passível de emenda ou, na linguagem do Código, de purgação. O inadimplemento absoluto, por sua vez, consiste no descumprimento irremediável, entendido como aquele que põe fim à possibilidade de satisfazer o interesse do credor materializado no contrato.⁶

A disciplina da mora se encontra no título atinente ao “inadimplemento das obrigações”. Trata-se, portanto, de regramento aplicável às obrigações oriundas das mais diversas fontes, como, por exemplo, os contratos, os atos unitários e os delitos.

No âmbito dos contratos, seu teor deve ser conjugado com o previsto na seção relativa à chamada “cláusula resolutiva”. O dispositivo a se considerar é o seguinte:

“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.”

A interpretação sistemática evidencia que somente o inadimplemento absoluto permite a resolução da relação jurídica contratual.⁷ Afinal, a mora comporta emenda e, assim, permite que o interesse útil do credor seja satisfeito, embora tardiamente. De maneira expressiva, a doutrina contemporânea pre-

6. Trata-se de lição tradicional entre nós. Cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 44-45

7. Cf. ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil: do direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. V, p. 632. Os comentários aos dispositivos tomados em consideração no presente parecer são todos da lavra do primeiro autor, conforme demonstra a divisão dos trabalhos constantes no início da obra. Prevalecia o mesmo entendimento durante a vigência do Código Civil de 1916. Cf. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução cit.*, p. 57.

fere o adjetivo “definitivo” para qualificar o inadimplemento que pode levar à resolução da relação jurídica contratual.⁸

Cumprir verificar, assim, se a inexecução imputável à Tomadora deve ser qualificada como mora ou inadimplemento absoluto. O critério no qual deve ser centrada a análise é a preservação do interesse útil do credor, conforme previsto nos arts. 395, parágrafo único, e 475, ambos do CC.

Como exposto, a Tomadora perdera interesse no desenvolvimento do segmento dos cartões *private label* e, por isso, se recusou a levar adiante a terceira fase do processo de migração.

Semelhante decisão, todavia, não foi prontamente comunicada à Prestadora. Muito ao contrário, a Prestadora aguardou o adimplemento da Tomadora por aproximadamente nove meses, por acreditar que a relação contratual superaria o “período inicial de vigência” e se projetaria no tempo, conforme anunciado na cláusula 12.2 do Contrato.

Forte nesse pressuposto, a Prestadora reputava que a inexecução da Tomadora comportava emenda. De fato, se a Tomadora se dispusesse a honrar o pactuado e levar a efeito a terceira fase do processo de migração, a Prestadora poderia, ao longo do tempo, recuperar os investimentos realizados para desenvolver e adaptar o sistema e, *a fortiori*, auferir lucro com o negócio.

Caso, portanto, a relação contratual se projetasse no tempo, a inexecução da Tomadora deveria ser qualificada como mora, pois o cumprimento tardio de suas obrigações, mediante a conclusão da terceira fase da migração e o pagamento dos serviços prestados, ainda poderia satisfazer o interesse útil da Prestadora.

Tudo mudou, no entanto, com a notificação enviada em 19.02.2010, por meio da qual a Tomadora comunicou que havia perdido interesse no segmento de cartões *private label* e que, portanto, não permitiria que a relação contratual superasse o “prazo de vigência inicial” previsto na cláusula 12.1 do Contrato.

Não é possível afirmar com exatidão a data em que a Tomadora decidiu por fim à operação de cartões *private label*. Certamente isso não se deu em 19.02.2010, pois ao menos 17 dias antes a Tomadora comunicara as Empresas Parceiras de que o segmento chegaria a termo. Nessa ocasião, inclusive, a Tomadora estabeleceu um cronograma para definir o modo como seria encerrado o vínculo que mantinha com as Empresas Parceiras.

Em adição, os termos da notificação de 19.02.2010 deixaram claro que a inexecução imputável à Tomadora não comportava emenda. Não se tratava de

simples atraso, portanto. Na verdade, a terceira fase do processo de migração jamais seria levada a efeito, pois já há algum tempo a Tomadora perdera interesse no segmento dos cartões *private label*. Inicialmente ocultado, o inadimplemento absoluto veio então à tona.

Diante disso, a Prestadora reagiu e em 01.03.2010 encaminhou notificação à Tomadora destinada a por fim à relação contratual por inadimplemento antes que adiesse o termo previsto na cláusula 12.1 do Contrato. A postura é justificada: no momento em que a Tomadora revelou o iminente fim do segmento de cartões *private label*, ficou claro à Prestadora que seu interesse útil jamais seria satisfeito.

O interesse útil do credor é um dado objetivo e pode ser aferido mediante a devida consideração do pactuado. A toda evidência, sua medida varia conforme a duração do negócio seja maior ou menor. Afinal, é certamente diverso celebrar um contrato com vigência por 2, 5 ou 10 anos.

No caso concreto, contudo, sequer é necessário esforço significativo para perceber qual era o interesse útil a ser tido em conta. Basta ler o que foi pactuado nas chamadas “Considerações Preliminares”:

“O intuito da Tomadora é trocar de sistema, dentro do cronograma a ser definido pelas partes, nos moldes previstos no presente contrato, fazendo com que o sistema utilizado pelas empresas que são suas Parceiras migre para o sistema desenvolvido, customizado e fornecido pela Prestadora, mantendo o relacionamento comercial entre essas empresas e a Tomadora.”

Logo a seguir, o propósito se encontra igualmente reproduzido na cláusula destinada a definir o objeto do Contrato:

“1 – Constitui objeto principal da presente contratação a prestação de serviços pela Prestadora de fornecimento de solução para transações financeiras eletrônicas por meio de cartão *Private Label*, incluindo processamento, transmissão, captura de dados eletrônicos e disponibilização dos sistemas de gerenciamento do produto relativos ao uso dos cartões magnéticos emitidos tanto pelas Empresas que já são parceiras da Tomadora quanto por aquelas que ainda serão.”

A preservação do interesse útil da Prestadora passava, assim, pela execução completa do processo de migração, a fim de que o sistema fosse empregado por todas as Empresas Parceiras.

Tratava-se de providência fundamental para que a Prestadora pudesse recuperar os investimentos realizados e auferir os ganhos projetados com a celebração da avença. A esse respeito, convém recordar que a cláusula 2.1 estimava uma movimentação financeira equivalente a R\$ 4.000.000,00 mensais, da qual

8. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil do inadimplemento das obrigações*. 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, vol. V, t. II, p. 220-221.

decorreria o pagamento de uma remuneração de R\$ 60.000,00 para a Prestadora.

No momento em que a Tomadora declarou ter perdido o interesse no segmento dos cartões *private label* e que, portanto, a avença chegaria ao fim sem que sequer fosse iniciada a terceira fase do processo de migração, foi possível constatar o caráter absoluto do seu inadimplemento, pois não mais havia possibilidade de ser satisfeito o interesse útil da Prestadora consubstanciado no Contrato.

Nesse momento, deveria ser claro à Tomadora que a Prestadora poderia optar pela resolução da relação contratual. Isso porque as cláusulas 13.1 e 18.2 do Contrato conferem à parte inocente o poder de dar por resolvido o negócio em caso de descumprimento de qualquer das obrigações ajustadas.

Por certo, tais estipulações não bastam à resolução extrajudicial do vínculo, segundo o previsto no art. 474 do CC. Ambas são cláusulas de estilo, muito comuns nos contratos brasileiros. Na falta de indicação mais pormenorizada a propósito, delas não se pode inferir que qualquer descumprimento, por infimo que seja, permita a resolução do vínculo. Trata-se, em verdade, de estipulação predominantemente destinada a reforçar que as partes estão adstritas à integral observância do avençado.⁹

Isso não significa, no entanto, que tais cláusulas sejam isentas de sentido. Embora não permitam a resolução extrajudicial, ambas comprovam que as Partes se encontravam perfeitamente cientes da possibilidade de a relação contratual chegar ao fim prematuramente, em razão do inadimplemento absoluto imputável a uma delas.

As cláusulas 13.1 e 18.2 remetem, assim, para o art. 475 do CC, que confere ao contratante inocente, diante do inadimplemento absoluto alheio, a prerrogativa de obter a extinção da relação jurídica junto a órgão dotado de poder jurisdicional.

No caso concreto, todos os pressupostos necessários à incidência do art. 475 do CC encontram-se preenchidos. De um lado, restou caracterizado o inadimplemento absoluto da Tomadora. De outro, a Prestadora optou pela resolução e formulou pedido específico a respeito no âmbito do litígio ora em curso.

Não obstante o pedido formulado pela Prestadora, a resolução da relação jurídica contratual ainda poderia ser evitada com a demonstração de que teve

lugar o chamado adimplemento substancial. Trata-se de figura que priva a parte inocente da possibilidade de obter a resolução da relação jurídica na hipótese de o seu interesse útil ter sido satisfeito quase que na integralidade.¹⁰

Não há espaço, entretanto, para invocar o adimplemento substancial, uma vez que o descumprimento imputável à Tomadora privou a Prestadora do interesse útil que justificou a celebração do Contrato, conforme evidencia a leitura das “Considerações Preliminares” e de seu “Objeto”.

Realmente, ao se recusar a levar adiante a terceira fase do processo de migração e deixar de efetuar os pagamentos devidos, a Tomadora privou a Prestadora da remuneração projetada e, com isso, da possibilidade de recuperar os investimentos realizados para desenvolver o sistema e, por fim, de obter lucro com a execução do Contrato.

De resto, a irrelevância do inadimplemento deveria ter sido alegada e provada pela parte interessada em evitar a resolução¹¹ e não há registro de que a Tomadora tenha se desincumbido de semelhante ônus ao longo da instrução probatória.

Não há dúvida, portanto, de que o inadimplemento da Tomadora autoriza a Prestadora a obter a resolução da relação jurídica contratual, mediante pronunciamento de órgão com poder jurisdicional. É de rigor, assim, constatar que a relação contratual deve ser considerada extinta antes do advento do termo previsto na cláusula 12.1, dado o inadimplemento absoluto da Tomadora.

3.C Consequências da extinção da relação contratual

A resolução do contrato por inadimplemento absoluto obriga a Tomadora a pagar as remunerações devidas, a arcar com a multa não compensatória e a indenizar a Prestadora na medida do interesse negativo, o que implica ressarcir-lhe pelos danos correspondentes aos gastos incorridos para desenvolver e adaptar o sistema destinado a ser empregado nas Empresas Parceiras.

Diante do inadimplemento absoluto imputável a uma das partes, o ordenamento confere ao contratante inocente duas alternativas principais, ambas previstas no art. 475 do CC.

9 Cf. ACUTTE JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao Código Civil: da extinção do contrato*.

Rio de Janeiro, Forense, 2011, vol. VI, t. II, p. 400.

10. Idem, p. 539-542; Assis, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários* cit., p. 633 e Assis, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 4. ed., São Paulo, Ed. RT, 2004, p. 129-135.

11. Cf. ACUTTE JR., Ruy Rosado. *Comentários* cit., p. 5+0.

Em primeiro lugar, o contratante inocente pode optar pela execução do pactuado. Naturalmente, não se tem em mente, agora, a execução específica, mas sim a chamada execução pelo equivalente, graças à qual o credor pode obter o resultado projetado com a celebração do contrato, mediante o recebimento de uma prestação pecuniária. Tem lugar, aqui, o efeito geral e típico do inadimplemento imputável, previsto no art. 389 do CC.¹²

Nessa hipótese, a relação contratual se transforma, para obrigar a parte culpada a efetuar prestação equivalente a tudo o que o credor obteria ou teria deixado de perder se o contrato tivesse sido integralmente cumprido. O cálculo da indenização é voltado a proporcionar ao credor a satisfação que lhe foi negada pelo inadimplemento alheio. De acordo com expressiva terminologia forjada no direito alemão, o ressarcimento mira o chamado interesse contratual positivo ou de cumprimento.¹³

Na hipótese de a execução pelo equivalente não lhe convir, o contratante inocente pode optar pela resolução da relação contratual. A resolução põe fim retroativamente ao vínculo entre as partes e tudo se passa como se o contrato nunca tivesse sido celebrado. A tutela jurídica, agora, é voltada a restabelecer a situação em que as partes se encontravam antes de concluir o negócio.¹⁴

Precisamente por isso, surge a chamada relação de liquidação. Seu objetivo é o de promover a reconstrução do *status quo ante*, ao menos do ponto de vista patrimonial. Para tanto, no que agora mais de perto interessa, o ressarcimento devido pela parte culpada pelo inadimplemento absoluto visa satisfazer o chamado interesse negativo ou dano de confiança, correspondente ao que a parte perdeu ou deixou de ganhar por acreditar na execução do Contrato. Relativamente ao interesse positivo, a diferença é de fundo e não de extensão.

A relação de liquidação opera de maneira semelhante ao que se dá na hipótese de decretação de anulabilidade do negócio jurídico,¹⁵ disciplinada pelo seguinte dispositivo do Código Civil:

“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.”

12. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários* cit., p. 244.

13. A propósito da relevância da distinção entre interesse positivo e negativo no âmbito da resolução da relação contratual, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários* cit., p. 489-491; ASSIS, Araken de. *Resolução* cit., p. 147-152 e Dano positivo e negativo na dissolução do contrato. *Revista do Advogado* 44:20/23.

14. Cf. ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários* cit., p. 635.

15. *Idem*, p. 636.

Naturalmente, as partes podem dispor a propósito.

No caso em análise, há duas estipulações que merecem destaque. A primeira assegura à Prestadora o pagamento pelos serviços prestados, seja qual for a razão pela qual a relação contratual chegou a fim. Eis o seu teor:

“13.5 – Em qualquer hipótese de término deste contrato, regular ou antecipado, será devido pela Tomadora o pagamento à Prestadora da remuneração correspondente aos serviços efetivamente prestados até a data do término do período de aviso prévio e/ou da efetiva suspensão dos serviços, o que ocorrer por último.”

A rigor, a estipulação sequer seria necessária. Isso porque a relação de liquidação de contratos dessa natureza já se encontra disciplinada dessa forma pelo Código Civil,¹⁶ conforme se infere da leitura do seguinte dispositivo, aplicável por analogia às hipóteses de resolução da relação jurídica contratual:

“Art. 128. Sobrevinho a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.”

De qualquer forma, não é ociosa a previsão contratual, pois se presta a afiançar qualquer dívida que pudesse haver a respeito, já que, inclusive, define a data a partir da qual os pagamentos deixarão de ser devidos.

A segunda estipulação encontra-se na cláusula destinada a disciplinar as “penalidades”. A bem da clareza aproveita transcrevê-la:

“18.2 – O descumprimento de qualquer das obrigações contratuais, independentemente de prévia notificação ou interpelação, facultada à Parte inocente, de forma sucessiva à suspensão da execução do presente contrato, sua resolução e a exigência de multa não compensatória de 20% (vinte por cento) da média dos valores mensais pagos pela Tomadora à Prestadora, independentemente da indenização para reparação de eventuais perdas e danos devidamente comprovados.”

Na hipótese de resolução por inadimplemento absoluto, portanto, o Contrato, em acréscimo ao previsto na cláusula 13.5, assegura à Parte inocente tanto o recebimento de multa não compensatória, como o ressarcimento devido pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

O teor das cláusulas é suficientemente preciso a respeito das remunerações vencidas e da multa, de modo que não há necessidade de discorrer mais a

16. *Idem*, p. 639.

propósito. Por outro lado, a extensão do dano devido para ressarcir o interesse negativo reclama exame mais pormenorizado.

Como antecipado, na hipótese de resolução, o ressarcimento tem em mira reconduzir a parte à situação em que se encontrava antes de celebrar o negócio jurídico. Os prejuízos a ressarcir são aqueles em que a parte incorreu por ter confiado na execução do contrato. Nomeadamente, as despesas necessárias à execução do contrato estão compreendidas no interesse negativo e, portanto, devem ser ressarcidas pela parte culpada pelo inadimplemento absoluto.¹⁷

No caso sob análise, a Prestadora efetuou vultoso investimento para desenvolver e adaptar o sistema contratado pela Tomadora. Segundo suas estimativas, os gastos montam R\$ (...), em valores históricos.

De maneira sintética, portanto, pode-se afirmar que a resolução decorrente do inadimplemento absoluto imputável à Tomadora a obriga a efetuar o pagamento das remunerações vencidas, da multa não compensatória e dos demais perdas e danos sofridos pela Prestadora, dentre as quais certamente se incluem aquelas decorrentes dos gastos incorridos para desenvolver e adaptar o sistema destinado a ser empregado por todas as Empresas Parceiras.

4. CONCLUSÕES

A partir das considerações anteriores, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

a) O Contrato foi celebrado para que a Prestadora desenvolvesse, adaptasse e, por fim, empregasse dado sistema de processamento de dados junto a todas as Empresas Parceiras da Tomadora. O processo necessário a tanto foi qualificado como migração e dividido em três fases:

b) Depois de superadas as duas primeiras fases, a Tomadora se recusou a completar a migração, pois perdera o interesse no segmento de cartões *private label*:

c) Ao se negar a efetuar a terceira fase da migração e deixar de realizar os pagamentos devidos pelos serviços prestados pela Prestadora, a Tomadora descumpriu as obrigações previstas nas cláusulas 2.1; 2.6; 2.7; 2.8; 2.8.1 e 7.1, alíneas b a d e o, do Contrato;

d) O inadimplemento da Tomadora é absoluto, pois privou a Prestadora da possibilidade de satisfazer o interesse útil consubstanciado no Contrato, qual

seja, o de ser devidamente remunerada pelos serviços prestados. Nos termos dos arts. 389, parágrafo único, e 475 do CC, bem como das cláusulas 13.1 e 18.2 do Contrato, o inadimplemento absoluto confere à Prestadora o direito de obter a resolução da relação contratual perante órgão com poder jurisdicional, como é o caso do Tribunal Arbitral;

e) De acordo com o disposto nas cláusulas 13.5 e 18.2 do Contrato, secundadas pelos arts. 128, 182 e 475 do CC, a resolução da relação jurídica contratual obriga a Tomadora a efetuar o pagamento das remunerações devidas, arcar com a multa não compensatória e indenizar a Prestadora pelo interesse negativo, o que implica o ressarcimento, inclusive, dos gastos incorridos para desenvolver e adaptar o sistema que deveria ter sido empregado em todas as Empresas Parceiras.

Desse modo, sou da opinião de que, diante do inadimplemento absoluto da Tomadora, devam ser acolhidos os pedidos da Prestadora voltados à resolução da relação jurídica contratual e à consequente condenação da parte faltosa a remunerar os serviços prestados, pagar a multa não compensatória e indenizar os danos causados, na medida do interesse negativo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações, de Raphael Manhães Martins – *BDPriv* 33/250 (DTR|2008|77).

17. *Idem*, p. 6+6.