

LUIZ PHILIPPE TAVARES DE AZEVEDO CARDOSO

***INADIMPLEMENTO ANTECIPADO
DO CONTRATO NO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO***

 **MALHEIROS
EDITORES**

2.1 Resolução e inadimplemento antecipado do contrato

Dadas estas coordenadas sobre a resolução, é preciso verificar sua pertinência ao inadimplemento antecipado do contrato.

Em vista dos dois elementos básicos do inadimplemento antecipado – quais sejam: o inadimplemento de obrigações acessórias e laterais e a perda da função social do contrato –, logo se vê que se está diante de hipótese em que a resolução é plenamente cabível.

Em primeiro lugar, o inadimplemento. Este é o requisito central da resolução. É também o elemento primeiro do inadimplemento antecipado. Trata-se, como se viu, de inadimplemento de obrigação acessória e lateral. Viu-se, entretanto, que mesmo diante de descumprimento de obrigação acessória ou lateral é cabível a resolução quando o descumprimento afeta diretamente a viabilidade da obrigação principal. Em suma: é a gravidade do inadimplemento que autoriza a resolução, mesmo que se refira a obrigação acessória ou lateral. E todo o esforço de identificação do inadimplemento antecipado ilustra a gravidade do incumprimento ali ocorrido.

Não é demais lembrar que o inadimplemento antecipado está colocado no âmbito da responsabilidade contratual, de modo a suprir o requisito da imputabilidade.

Por outro lado, se a impossibilidade não configura inadimplemento antecipado, este, por sua vez, devido ao seu segundo elemento, a perda da função social do contrato, gera a perda do interesse do credor na manutenção do vínculo.

Com efeito, o inadimplemento antecipado é grave o suficiente para que, pela prospectiva impossibilidade de cumprimento da prestação no seu termo ou pela perda da confiança no cumprimento da finalidade contratual, ocorra a perda da função social do contrato.

Veja-se que não se trata de mera perda do interesse no recebimento da prestação, a justificar a recusa da purga da mora, no esquema da relação obrigacional simples. No caso do inadimplemento antecipado, como o fim do contrato ficou comprometido, o credor perde o interesse tanto no recebimento da prestação – porque o risco é altíssimo de que isso não ocorra – como também no cumprimento da sua prestação, para não cair em prejuízo ainda maior, no advento do termo contratual. É o contrato, enfim, como programa de atuação conjunta e cooperativa, que perde o interesse para a parte lesada pelo inadimplemento antecipado.

Cumprido esse trinômio do inadimplemento – imputabilidade, gravidade, definitividade (na vertente perda do interesse na manutenção

do contrato, e não pela impossibilidade) –, não seria idôneo, justo ou razoável negar a resolução do contrato para a parte lesada. É por isso que ela tem cabimento.

Lembre-se, porém, do campo de aplicação da resolução. Ela está adstrita aos contratos bilaterais, entendidos estes como aqueles que possuem nexo de interdependência entre obrigações correlatas. Nos casos práticos examinados se estava diante de um contrato com prestações correspectivas. E, por isso, não houve problemas com relação à medida resolutória.

É de se ponderar, contudo, partindo-se da significativa alteração do Código Civil vigente com relação ao anterior no tocante a não mais alocar a resolução como figura típica dos contratos bilaterais, se tal restrição à sua incidência ainda persiste, sobretudo para o estudo em tela, no qual se poderia pensar em casos de inadimplemento antecipado em contratos unilaterais, que, em hipótese, demandariam o remédio resolutório.

Um exemplo seria a superveniência de ato contrário à devolução do bem objeto de comodato proferido antes do termo conveniado, até mesmo por declaração. Nesse sentido, Orlando Gomes afirma a possibilidade de o comodato ser rescindido pelo comodante antes do final do prazo contratual se o comodatário usa a coisa de modo diverso ou contrário ao estipulado – por exemplo, cedendo indevidamente o uso da coisa a outrem.¹⁰⁴

Em outros casos de contratos unilaterais, mesmo diante do inadimplemento antecipado, num exercício de raciocínio, é possível conjecturar algumas soluções, com base na própria lei, sem o uso da resolução. Veja-se o exemplo do mútuo. Pelo art. 590, advindo notória mudança na situação econômica do mutuário, poderá ser exigida garantia da restituição. “Situação econômica” já é conceito jurídico indeterminado de conteúdo mais amplo do que “diminuição patrimonial”. E, negando-se o reforço da garantia, incide a hipótese do art. 333, III, do CC, autorizando o vencimento antecipado. Assim, ainda que com reservas e alguma especificidade, haveria proteção legal ao credor, sem ser nos termos do inadimplemento antecipado, com o uso da resolução.

No mandato, ainda que gratuito, existe a possibilidade legal de sua revogação pelo mandante caso haja perda da confiança, suporte da relação entre mandante e mandatário.¹⁰⁵

104. Orlando Gomes, *Contratos*, 26ª ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino, coordenação de Edvaldo Brito, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 389.

105. *Idem*, p. 432.

Na verdade, para os contratos bilaterais, no âmbito de uma categoria geral, é consagrada a utilização da exceção de contrato não cumprido ou da resolução contratual. E, por isso, viabiliza-se a aplicação dessa figura do inadimplemento antecipado do contrato. Como este trabalho possui uma vertente de ajuste sistemático entre o inadimplemento antecipado e os demais institutos de direito das obrigações, é preferível, por cautela e com segurança, afirmar essa possibilidade da resolução para a categoria geral dos contratos bilaterais.

Para contratos que não envolvam nexo de interdependência e reciprocidade entre obrigações, em princípio, a solução para casos de inadimplemento antecipado envolveria figuras e tratamento legal próprios de cada tipo contratual, como no exemplo do mútuo ou da revogação do mandato. Ainda assim, mesmo em caráter de exceção, não se vislumbra óbice à utilização da resolução, tal como no exemplo do comodato.

Tal situação indica mais uma necessidade de revisão dos requisitos da resolução no Direito Brasileiro do que uma limitação essencial ao inadimplemento antecipado. Repita-se, entretanto, que se trata de trabalho de acomodação entre uma figura nova e um terreno já existente. Por isso, é preferível trabalhar, em princípio, com as posições já sedimentadas, como é o caso da resolução ligada à bilateralidade, para a incidência do art. 475 do CC.

Com relação ao requisito do credor inadimplente, ele é plenamente válido para os casos de ausência de atividade preparatória ou instrumental à prestação principal. A ressalva dos casos de resolução pelo devedor por insuportabilidade das prestações será examinada a seguir.

Desponta, assim, no caso do inadimplemento antecipado, o uso da resolução, principalmente como medida liberatória, de cunho preventivo. O contratante lesado pelo inadimplemento antecipado, diante da perda da confiança no futuro adimplemento, diante da frustração da finalidade contratual, pretende mais é desvincular-se daquele ajuste, para satisfazer suas necessidades de outros modos, talvez encontrando outro parceiro, que melhor possa supri-lo.

A perda de sentido na manutenção de um pacto que no presente perdeu sua finalidade, por praticamente inalcançável seu resultado, faz surgir a necessidade da resolução, quase como uma consequência lógica, apta, principalmente, a fazer com que o contratante lesado, definitivamente, não seja mais devedor de um ajuste que não vingará. É, portanto, o caráter liberatório da resolução que mais se aproxima do inadimplemento antecipado.

Salta aos olhos o paralelo existente entre o pressuposto positivo da obrigação sujeita a termo de vencimento, que faz nascer um direito destituído de pretensão, com a resolução como direito formativo, ou seja, direito destituído de pretensão.

A força restitutória da resolução também se faz presente.

Principalmente, nos casos citados, com relação ao adquirente de lotes ou de futuras unidades autônomas, que pagaram por elas mas se viram frustrados na expectativa legítima que nutriam no contrato, mesmo antes de seu termo.

Nesse sentido, a resolução operou-se com efeitos *ex tunc*, com restituição total das parcelas pagas. Não se pôde, diante da concretude do inadimplemento ocorrido, encontrar qualquer correspondência entre parte dos valores pagos e algum início de cumprimento prestacional.

Com efeito, nos casos pesquisados havia ausência de regularização de loteamento ou ausência de início de construção de futuras unidades autônomas, de modo que nenhum benefício econômico foi trazido ao contratante lesado, a limitar a eficácia retroativa da resolução. O contratante inadimplente, nesses casos, não tinha nada que o abonasse.

É de se pensar, por fim, no confronto entre um adimplemento substancial e um inadimplemento antecipado, um a obstar e o outro a afirmar a possibilidade de resolução.

Em princípio, em termos puramente conceituais, o adimplemento substancial excluiria a possibilidade de um inadimplemento antecipado, uma vez que para este é necessária a perda da função social, ao passo que, justamente, a persistência desta função é que caracteriza o adimplemento substancial, mesmo que diante de um adimplemento imperfeito.

Contudo, se poderia pensar no seguinte caso: a incorporadora de um empreendimento imobiliário, com 80% da obra concluída, declara, antecipadamente, que não dará prosseguimento ao contrato, levando à conclusão de que a prestação não será cumprida no termo de vencimento, com perda da confiança na própria execução do restante da prestação devida. Ora, se fosse só um problema de 20% de uma obra faltantes, a gerar mora por parte da incorporadora, que entregaria, com atraso, a prestação devida, seria razoável a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a sustar a resolução.

Contudo, se, mesmo diante de grande parte da prestação cumprida, paira não só a impossibilidade de cumprimento completo dela no seu termo, mas também desconfiança com relação à satisfação do fim contratual, seria caso de ocorrência de inadimplemento antecipado.

Ora, não é só a concretude de uma prestação que justifica a manutenção da função social de um contrato. A finalidade contratual também é preenchida e recheada pelo comportamento das partes, a indicar que há cooperação para atingimento dos fins propostos. A perda dessa confiança, mesmo com uma prestação relativamente cumprida, poderia dar ensejo a um inadimplemento antecipado do contrato, que autorize a resolução.

Tratando ainda dos efeitos da resolução, utilizando-se o exemplo de Ruy Rosado de Aguiar Jr. referente à empreitada para construção de cinco prédios, dos quais três são entregues, se poderia cogitar de que o inadimplemento das outras duas unidades se desse antecipadamente. Neste caso, a prestação a cargo do dono da obra, de pagamento do preço, ainda que por natureza instantânea, poderia ter sido diferida em parcelas durante a execução da obra. Ora, nesse caso, poderia ser estipulada resolução por inadimplemento antecipado com efeitos *ex nunc*, mantida a correspectividade entre as parcelas pagas das prestações correspectivas.

Em síntese, é possível verificar na jurisprudência e na doutrina como instrumentalizar aplicações da resolução para solucionar casos de inadimplemento antecipado do contrato. O que parece mais importante para bem aplicar a figura é a flexibilidade para ajustar detalhes ao quanto concretamente ocorrido no caso, sem descuidar de seus elementos fundamentais, sempre seguindo o critério seguro da viabilidade e do cumprimento do fim contratual.

2.2 A resolução no compromisso de compra e venda

Passa-se a examinar, agora, especificamente em razão dos casos jurisprudenciais, as especificidades das medidas resolutórias nos diferentes regimes de compromisso de compra e venda.

O CC trata nos arts. 462 a 466 do contrato preliminar. Nos arts. 1.417 e 1.418 trata do direito real do promitente-comprador. Não há no Código Civil tratamento específico para o contrato de compromisso de compra e venda, o que faz do Código alvo de críticas, dadas a importância e a experiência jurídica consolidadas no trato desse negócio.¹⁰⁶ O Código de Defesa do Consumidor também incide se o compromisso estiver baseado em relação de consumo.

106. Francisco Eduardo Loureiro, “Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda”, in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 189.

Seu regramento jurídico, por sua vez, com importantes normas sobre resolução, é dado por leis específicas, e varia conforme a natureza do imóvel. São três os regimes do compromisso de compra e venda: dos imóveis urbanos loteados, dos imóveis não loteados e dos imóveis incorporados.¹⁰⁷

Com relação aos imóveis loteados, a Lei 6.766/1979 dispõe, no seu art. 32, que, vencida e não paga a prestação, o contrato será rescindido 30 dias após a constituição em mora do devedor, por intimação por oficial de Registro de Imóveis. Apesar de a redação do dispositivo tratar de rescisão, constituição em mora e intimação, entende-se que se trata de notificação premonitória a fim de converter a mora, que é *ex re* – ou seja, constituída desde a ausência do pagamento no termo de vencimento –, em inadimplemento absoluto, que autoriza a resolução do contrato.¹⁰⁸

Para os imóveis não loteados, o Decreto-lei 745/1969 impõe a prévia interpelação de 15 dias para constituição em mora do promissário-comprador, entendendo-se também como forma de se converter mora em inadimplemento absoluto. A favor desta interpretação está a evidência de que o pagamento atrasado, feito antes da interpelação, será acrescido de encargos moratórios.¹⁰⁹

Com relação aos imóveis incorporados, a redação do art. 63 da Lei 4.591/1964 foi mais precisa, ao dispor que o prazo de 10 dias conferido ao adquirente inadimplente de três prestações do preço é para purgação da mora.

Convertida, então, a mora em inadimplemento absoluto, resta saber se a resolução estaria operada extrajudicialmente ou se se faz necessária a decretação dela por via jurisdicional. A matéria não está pacificada.

Para os imóveis não loteados, diante do que dispõe o Decreto-lei 745/1969, afirma-se, reconhecendo divergências, a necessidade de resolução judicial, ainda que diante de cláusula resolutiva expressa. Por isso, não se admite retomada do imóvel via possessória sem a prévia ação de resolução.¹¹⁰

107. *Idem*, pp. 189-190.

108. *Idem*, p. 201.

109. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso de Compra e Venda*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, pp. 196-199.

110. Francisco Eduardo Loureiro, “Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda”, cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., pp. 206-207; José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 141-144, 155-162, 168-183, 193-195 e 196-199.

Já, para os imóveis loteados, a Lei 6.766/1979, no seu art. 32, estabelece que, após o prazo da intimação para pagamento, o contrato será considerado rescindido. Apesar do dispositivo legal, há entendimento jurisprudencial aplicando para os imóveis loteados o mesmo entendimento dos imóveis não loteados, pela necessidade de intervenção judicial.¹¹¹

José Osório de Azevedo Jr. elenca razões para justificar tal posicionamento: (a) há que se verificar a presença de culpa pela ausência da prestação; (b) se no caso dos imóveis não loteados se exige resolução judicial, no caso de imóveis loteados, em que existe maior desequilíbrio de forças entre os contratantes, a resolução judicial é de rigor; (c) há necessidade de apuração de valores a serem restituídos em razão da resolução, o que não se faz na esfera extrajudicial.¹¹²

Já, para os compromissos firmados em razão de incorporação imobiliária, o art. 63 da Lei 4.591/1964 permite interpretação no sentido da desnecessidade de intervenção judicial, depois de notificado o comprador inadimplente, para resolução do contrato.¹¹³

É interessante notar que, mesmo diante de cláusula resolutiva expressa, há argumentação toda no sentido da necessidade da intervenção judicial para resolução do compromisso de compra e venda em sua forma mais usual, quando não se trata de relação entre loteador e adquirente.¹¹⁴

José Osório de Azevedo Jr. principia por explicar que a necessidade de intervenção judicial se dá, em primeiro momento, para coibir a resolução quando a culpa do compromissário-comprador é de grau leve, tendo efetivado grande parte do pagamento do preço e deixado de pagar poucas prestações, ao final da execução do contrato, com pequeno retardo. Neste caso, o oferecimento das prestações faltantes, com os encargos moratórios, em sede de contestação de ação de resolução seria ainda viável, de modo que não se poderia dar o contrato por extinto e, depois, convalidado. Por outro lado, não se poderia admitir que o mau pagador, frequentemente recaído em inadimplência, abusasse do direito

111. Francisco Eduardo Loureiro, "Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda", cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., pp. 208-209.

112. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 142-144.

113. Francisco Eduardo Loureiro, "Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda", cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., pp. 209-210.

114. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., p. 143.

de sempre oferecer as prestações devidas somente quando já proposta a ação de resolução. Justamente para evitar uma solução única para hipóteses tão discrepantes é que a resolução judicial se faz necessária, dando importância à atuação do juiz.¹¹⁵

Nesse sentido traz julgado prolatado por Ruy Rosado de Aguiar Jr., enquanto Ministro do STJ, no qual são tecidas as seguintes assertivas: "(...). Para a aceitação da purgação da mora deve-se considerar substancialmente a boa-fé do devedor, a sua lealdade em relação à outra parte, o seu empenho em realmente executar o contrato e adimplir sua obrigação. Daí por que o depósito pode acontecer antes ou depois do prazo da contestação, desde que essa demora não caracterize o propósito de ganhar tempo às custas do credor". Tal posicionamento consta também de seus comentários gerais à resolução por inadimplimento.¹¹⁶

Para José Osório de Azevedo Jr. essa necessidade de avaliação judicial da conduta circunstanciada dos contratantes para efetivação da resolução é a base para se entender o Decreto-lei 745/1969 como liquidando a cláusula resolutiva expressa nos compromissos de compra a venda a dispor que, mesmo diante dela, é necessária a interpelação, afastando, assim, seus efeitos automáticos. A filiação do sistema brasileiro ao sistema francês, no qual o decreto judicial resolve o contrato, mantém essa prática, nos contratos imobiliários, desse recurso ao Judiciário mesmo diante de cláusulas contratuais em sentido oposto, observada a disposição legal específica. É nítido aqui um propósito prudencial e protetivo do contratante de boa-fé em contrato de alta importância social.¹¹⁷

Já, quanto à mora do compromitente-vendedor, para caracterizá-la não é necessário interpelação.¹¹⁸ A resolução, por sua vez, rege-se pelo art. 475 do CC.¹¹⁹

Dado esse contexto do compromisso de compra e venda, resta saber se a resolução em caso de inadimplimento antecipado se opera extraju-

115. Idem, 152-157.

116. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., p. 158; STJ, 4ª Turma, REsp 30.023-3-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.5.1994; Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, pp. 601-603.

117. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 168-180.

118. Idem, p. 200.

119. Francisco Eduardo Loureiro, "Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda", cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., p. 224.

dicialmente ou judicialmente, ou antes, se é necessário interpelação para a configuração do inadimplemento e se a presença de cláusula resolutiva pode ser invocada para alguma dessas soluções.

Nos casos de inadimplemento antecipado do compromitente-vendedor é possível notar que envolviam, muitas vezes, ou loteamentos ou incorporações imobiliárias, casos em que há disposições sobre resolução extrajudicial. Entretanto, como o contratante inadimplente, nesses casos, não foi o obrigado a pagamento de preço, não há dúvidas sobre a incidência do art. 475, com recurso à resolução judicial.

Também não há exigência de interpelação, muito menos de constituição em mora ou de conversão da mora em inadimplemento absoluto. Com efeito, de mora não se cogita no inadimplemento antecipado em razão de o pressuposto do termo de vencimento ainda não ter sido implementado, de modo que não há falar em exigibilidade da prestação principal.

Com relação à interpelação, foi aventada a possibilidade de, diante de circunstâncias que indicam um inadimplemento de deveres preparatórios, instrumentais, ou de cooperação e lealdade, se notificar o devedor a fim de esclarecimento da situação jurídica. Entretanto, essa notificação não é requisito do inadimplemento antecipado.

Na verdade, a configuração plena dos requisitos, não só do inadimplemento de deveres acessórios e laterais, mas também, e principalmente, da perda da função social do contrato, respectiva à ausência determinante de confiança no cumprimento contratual, ou impossibilidade de se prestar no termo de vencimento, deverá ser demonstrada em juízo, de modo que eventuais comunicações anteriores entre as partes podem revelar a presença de tais elementos, mas não são essenciais para tanto.

2.3 Cláusula resolutiva e inadimplemento antecipado do contrato

O que pode causar dúvida mais fundada é a presença da cláusula resolutiva ensejar, extrajudicialmente, a resolução por inadimplemento antecipado. Esse ponto merece embasamento e reflexão.

A primeira barreira a transpor é terminológica. Segundo José Osório de Azevedo Jr., “pacto comissório, cláusula resolutiva expressa ou condição resolutiva expressa são termos usados indistintamente, quando referentes à compra e venda”.¹²⁰ Entretanto, ainda que válida a assertiva

120. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., p. 174.

para fins práticos, até mesmo para bem se entender o conteúdo de certas decisões judiciais, de posicionamentos doutrinários e de expressões legais, as figuras possuem significado distinto, em termos conceituais.

Primeiramente, convém distinguir a condição resolutiva da cláusula resolutiva. Condição é cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. A condição resolutiva extingue o direito que a ela se opõe, enquanto a suspensiva faz com que esse direito não seja adquirido até seu advento (arts. 121, 125 e 128 do CC). Verifica-se, assim, a amplitude da condição resolutiva. Ela influi na eficácia do negócio como um todo, extinguindo o direito subordinado. Já, a cláusula resolutiva é apenas uma disposição acessória adstrita a uma função específica.¹²¹

A cláusula resolutiva atribui o direito formativo extintivo de resolver o contrato ao contratante lesado por inadimplemento; portanto, é adstrita a esse fato, o inadimplemento, e gera um direito à parte, o de resolver, mas não simplesmente extingue algum direito pelo fato do inadimplemento. O direito de resolução negocial pode ou não ser exercido. Como visto com relação à resolução em geral, esta atua no plano da eficácia, extinguindo as obrigações principais e restituindo as partes ao *status quo ante*. É figura bem menos drástica do que uma condição resolutiva.¹²²

No Código Civil, além das disposições já citadas sobre a condição resolutiva, há dispositivo sobre a cláusula resolutiva expressa e sobre a cláusula resolutiva tácita (art. 474), além de o art. 475, que cuida da resolução legal, estar inserido na seção denominada “Da Cláusula Resolutiva”. O Código Civil de 1916 contribuiu para a confusão terminológica, pois dispunha sobre condição resolutiva expressa ou tácita em termos muito próximos aos do atual art. 474, porém na Parte Geral do Código, em seção referente às condições em geral. Ruy Rosado de Aguiar Jr. entende que tal dispositivo não tem correspondência no Código vigente.¹²³

Mais um ponto de confusão tem origem histórica. Pela influência de juristas franceses, e até pela disposição do art. 1.184 do CC francês, entendeu-se que o fundamento da resolução legal seria uma condição tácita, presente em todos os contratos bilaterais.¹²⁴ Pontes de Miranda, por sua vez, já criticava tal entendimento, aludindo que “onde a lei esta-

121. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, pp. 368-384.

122. Idem, *ibidem*.

123. Idem, p. 376.

124. Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, cit., vol. 5, pp. 596-599.

tui a resolução, ou a resilição, seria superafetação imperdoável supor-se vontade tacitamente manifestada dos figurantes. Resolução tacitamente querida pode haver; mas é outra coisa".¹²⁵

Ocorre que tal sobreposição de conceitos perdura até hoje, atribuindo-se à resolução por inadimplemento anterior ao termo o fundamento da cláusula resolutiva tácita.¹²⁶ Para este trabalho, a resolução que serve ao inadimplemento antecipado do contrato é a resolução legal e judicial do art. 475. Resta apenas saber se uma cláusula resolutiva expressa ou tácita pode servir para uma resolução extrajudicial em caso de inadimplemento antecipado.

Do quanto exposto, pode-se dizer que não se trata de verificar condição resolutiva no inadimplemento antecipado, tampouco o significado de cláusula resolutiva tácita é equivalente ao fundamento de resolução nos contratos bilaterais. Cláusula resolutiva tácita é cláusula específica, que adiante se verá.

Já, o pacto comissório possui dois sentidos. O primeiro seria muito próximo ao de cláusula resolutiva expressa, originado no art. 1.163 do CC de 1916, que expressamente o mencionava nos contratos de compra e venda. O segundo é a denominação que se dá à cláusula – à qual a lei atribui sanção de nulidade (art. 1.428 do CC) – que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia se a dívida não for paga no vencimento. Daí se falar em proibição do pacto comissório.¹²⁷

A cláusula resolutiva, depurada da noção de condição resolutiva expressa ou tácita e de pacto comissório, pode ser expressa ou tácita.

A cláusula resolutiva expressa, no dizer de Ruy Rosado de Aguiar Jr., "é a disposição accidental do contrato bilateral segundo a qual o contrato estará resolvido no caso de o devedor não cumprir, pelo modo previsto, determinada prestação relevante para a economia do contrato".¹²⁸

Nota-se divergência entre este autor e Araken de Assis, para quem a cláusula resolutiva não se submete, como a resolução legal, ao campo dos contratos bilaterais.¹²⁹

125. Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, cit., t. XXV, p. 336.

126. Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento Anterior ao Termo*, cit., p. 249.

127. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, pp. 384-385.

128. *Idem*, p. 394.

129. Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, cit., vol. 5, pp. 587-589.

Os dois autores são concordes, entretanto, ao afirmar que a resolução negocial opera, diante do inadimplemento, mediante manifestação do contratante interessado, mas sem necessidade de decretação judicial. Eventual ação envolvendo a aplicação da cláusula teria natureza declaratória, e não constitutiva, a fim de, tão somente, dar certeza ao fato de estar ou não o contrato resolvido.¹³⁰ É esse o sentido da expressão "de pleno direito" do art. 474 do CC, que não se confunde com resolução *ipso jure*, ou seja, que decorre por efeito imediato da lei, em caso de impossibilidade superveniente inimizável.

Pergunta-se, então: poderia tal cláusula servir a uma resolução extrajudicial em caso de inadimplemento antecipado?

Entendemos que não. Como se viu, o inadimplemento antecipado é medida excepcional. Seus contornos, que envolvem a perda da função social do contrato, perquirindo-se sobre confiança e possibilidade prospectiva do cumprimento contratual, necessitam de apreciação judicial, que valore a conduta dos contratantes, bem como imparcialmente verifique a probabilidade de efetivo cumprimento da prestação em seu termo. A perda da finalidade contratual não é algo singelo que poderia ficar a cargo de qualquer um dos contratantes. Não é da cultura jurídica brasileira a mesma dinâmica de repúdio e indenização pelo contrato desfeito da *Common Law*. Tal faculdade, se trazida sem maiores cuidados, poderia ensejar insegurança jurídica quanto ao cumprimento dos pactos e maior litigiosidade, com ações declaratórias e cautelares referentes à disposição de bens envolvidos em contratos dados por resolvidos.

O inadimplemento antecipado é tema delicado. A resolução possível para ele é a legal, que depende do provimento jurisdicional, a fim de se verificar um inadimplemento de prestações secundárias e uma perda da finalidade contratual. Duas tarefas que não devem ficar ao arbítrio das partes, tendo em vista a natureza dos questionamentos envolvidos.

Se para o caso de retardo no pagamento de parcelas do preço em compromisso de compra e venda entre particulares em pé de igualdade já se entende mais ponderada a posição que exige o pronunciamento judicial, justamente para verificação da imputabilidade e da regularidade das restituições, como forma de coibir abusos e de privilegiar o contratante de boa-fé, antes do termo, e para uma obrigação que não é a principal essas assertivas valem de forma ainda mais forte. Ainda que a vítima maior, nos

130. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, p. 399; Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, cit., vol. 5, pp. 589-590.

casos de inadimplemento antecipado por falta de atividade instrumental ou preparatória, seja o adquirente, talvez um consumidor, é necessária, para sua tutela, a intervenção de juiz ou árbitro, pois o problema não é só de culpa pelo atraso, mas principalmente de manutenção da finalidade contratual.

E – pontue-se – isto se afirma em termos gerais, sem restrição ao compromisso de compra e venda.

A cláusula resolutiva, entretanto, serve para trazer ao juiz, como elemento de fato, a caracterização de que, pairando séria dúvida quanto à confiança no cumprimento contratual em seu termo, menor o interesse na manutenção do vínculo. Ou seja: se há cláusula resolutiva expressa, é bastante plausível que um inadimplemento acarrete a frustração da finalidade contratual, perturbando de maneira grave a função social daquele contrato.

A cláusula resolutiva expressa, assim, não autoriza, por si só, a resolução sem intervenção jurisdicional. Mas deve ser levada em conta, como elemento do conteúdo negocial, para aferição da perda da função social de determinado contrato.

Observe-se que se pensa, aqui, em cláusula resolutiva referente à obrigação principal, sem maiores detalhamentos, tal como o art. 475 do CC, mas com fonte negocial. Se houver, de outro modo, cláusula resolutiva autorizando a resolução por inadimplemento de determinada obrigação acessória, não haveria óbice à sua utilização. Nessa hipótese, no entanto, não se está diante dos fatos do inadimplemento antecipado. Haveria simplesmente uma obrigação que, descumprida, autoriza a resolução, sem se cogitar de antecipação ou, mesmo, da perda da função social. Seria uma decorrência mais específica da autonomia privada.

Neste ponto é que se pode tratar também da cláusula resolutiva tácita. Ora, se a cláusula resolutiva expressa não basta para autorizar a resolução extrajudicial em caso de inadimplemento antecipado, menos ainda uma cláusula resolutiva tácita poderia fazê-lo. Entretanto, sua função interpretativa do negócio não é irrelevante. Justamente porque ela guarda relação com o termo essencial – diretamente relacionado com um pressuposto positivo do inadimplemento antecipado e com a função social do contrato.

É preciso ponderar, de início, que o sentido que se dá à cláusula resolutiva tácita não é o de cláusula implícita em todo contrato bilateral que autoriza a resolução. Para isso existe a resolução legal, típica dos contratos com obrigações correspectivas. A cláusula resolutiva tácita,

disposta no art. 474 do CC, deve, portanto, ter um sentido prático próprio, uma eficiência original, ontológica e construtiva.¹³¹

Nesse sentido, muito elucidativas as lições de Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

Por convenção, de dois modos as partes podem dispor sobre a extinção do contrato por inadimplemento: (a) estabelecer no contrato cláusula expressa para definir o tempo e o modo de cumprimento da prestação, declarando que o descumprimento de exigência ali claramente definida significará a perda de interesse do credor no recebimento da prestação, e a consequente possibilidade da resolução do contrato por iniciativa deste: é a hipótese de extinção do contrato por efeito de cláusula resolutiva expressa prevista no art. 474, primeira parte; (b) não inserir no contrato cláusula expressa sobre a extinção, mas convencionar uma obrigação que somente poderá ser cumprida em certa data ou em determinadas circunstâncias, sem o quê o inadimplemento será considerado definitivo, podendo o credor resolver o contrato: é a cláusula resolutiva tácita, prevista no art. 474, segunda parte.¹³²

O autor aproxima a cláusula resolutiva tácita do negócio a termo essencial objetivo. O termo essencial pode ser subjetivo ou objetivo. Subjetivo é o que decorre da vontade das partes expressamente manifestada no contrato. Logo, está mais próximo da cláusula resolutiva expressa. Já, o termo essencial objetivo não decorre de referência explícita, mas da natureza da prestação ou das circunstâncias objetivas do negócio. Refere-se à cláusula resolutiva tácita. Os exemplos são o do cantor que deve se apresentar em espetáculo determinado ou o do vestido de noiva que deve ser entregue até a data do casamento.¹³³

A essencialidade do termo, portanto, significa exatamente isso: o termo precisa ser rigorosamente respeitado, pois do contrário a prestação será inútil ao credor.¹³⁴ Ele dá ensejo, justamente, à cláusula resolutiva tácita.

131. Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, cit., vol. 5, p. 599.

132. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, p. 421.

133. Idem, pp. 422-426.

134. Massimo Bianca, *Diritto Civile IV, L'Obbligazione*, Milão, Giuffrè, 2008, p. 213. A doutrina italiana distingue o termo acidental do necessário. O termo necessário é aquele que, mesmo sem ter sido previamente determinado, é de rigor, em razão da natureza da prestação, que requer um desenvolvimento no tempo. Já, o termo acidental é aquele que pode ou não ser estipulado, pois não tem relação de necessidade com a natureza da prestação. O termo necessário, portanto, não se confunde com o termo

Ora, se a cláusula resolutive tática não pode ensejar, por si só, a resolução extrajudicial por inadimplemento antecipado, possui, por outro lado, evidente função ao se cogitar a respeito da frustração da finalidade contratual em razão de uma prestação que tudo a leva a crer não será cumprida no prazo estipulado. Também a essencialidade do termo reforça o vínculo de confiança entre as partes, que se torna ainda mais indispensável numa visão prospectiva quanto ao futuro adimplemento. Tudo isso auxilia na busca de critérios objetivos para verificação de perda da função social em virtude de inadimplemento antecipado. Ou seja: a cláusula resolutive tática e o termo essencial são fatores a mais a ensejar a resolução judicial por inadimplemento antecipado.¹³⁵

2.4 A resolução pelo devedor no inadimplemento antecipado do contrato

É preciso, agora, tratar do outro grupo de casos envolvendo o compromisso de compra e venda: os casos de declaração de impossibilidade de adimplir.¹³⁶ A especificidade maior aqui, como já dito, reside na autorização da resolução pelo devedor inadimplente. É, portanto, um uso original do direito civil brasileiro para a figura do inadimplemento antecipado, forjado na jurisprudência.

essencial. Este último tem importância justamente em razão de eventual atraso no pagamento da prestação.

135. O art. 474 do CC exige interpelação judicial para operação da cláusula resolutive tática. Ruy Rosado de Aguiar Jr. entende supérflua a exigência, pois a natureza da obrigação e os dados objetivos do contrato, por si sós, revelam a inutilidade da prestação. Aduz também que a resolução sempre depende de manifestação de vontade, de modo que duas declarações de vontade seriam desnecessárias para a conclusão do ato. Argumenta também que a exigência faria sentido se se tratasse de condição resolutive tática, tal como no Código Civil de 1916, o que não mais ocorre (*Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, pp. 427-428). Apesar de entender desnecessária a interpelação judicial, pode-se dar um sentido a ela: tal como no compromisso de compra e venda, a interpelação serve para converter a mora em inadimplemento absoluto. Se na cláusula resolutive tática tudo se passa implicitamente, a forma serve para dar certeza à relação jurídica: o inadimplemento definitivo ocorreu. A partir daí, abre-se a alternativa: exigir o equivalente, mais perdas e danos, ou resolver o contrato, com efeitos diferentes nos dois casos, ainda mais se já houve pagamento de prestações.

136. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 38.024-4/7, rel. Des. José Osório, j. 18.6.1998; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 214.338-4/2-00, rel. Des. Jacobina Rabello, j. 26.10.2006; TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Ap 526.138-4/0-00, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 1.4.2009; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 55.120-4/0, rel. Des. Cunha Cintra.

Viu-se como o inadimplemento antecipado, nesses casos, envolve uma declaração de inadimplir ou de não poder continuar adimplindo, acarretando descumprimento de dever de lealdade e de cooperação para atingimento do fim contratual. Também neste caso há impossibilidade relativa, imputável ao devedor, de continuar honrando o pagamento. Sem que tenha incidido em mora, pois sua situação atual é de adimplência, prevê-se no futuro a impossibilidade de cumprimento da prestação no seu termo, com chances altamente razoáveis de o inadimplemento ocorrer. Há, no limite, legítima perda da confiança no cumprimento da finalidade contratual.

Em síntese: o contrato perdeu sua função social ao se deparar um dos contratantes com uma impossibilidade relativa de continuar honrando os pagamentos e, assim, obter definitivamente o bem a que visava, como também para o outro contratante, que se vê diante de situação de provável ausência de pagamentos do que lhe era devido, trazendo-lhe prejuízos evidentes, consistentes na ausência da remuneração correspondente à prestação a que se obrigou, fazendo-o ver frustrada também a finalidade contratual para o que se propusera.

Nesses casos, normal seria que o contratante lesado pelo inadimplemento de dever lateral que acarreta perda da função social do contrato pleiteasse a resolução judicial, com base no inadimplemento antecipado. E isso seria bastante possível, pois há contrato bilateral, há inadimplemento grave, imputável e gerador de perda de interesse para o credor na manutenção do contrato. A eficácia restitutória da resolução lhe seria útil, pois poderia recuperar prestações já efetuadas, como, no caso, a recuperação da posse de imóvel entregue. Ele ainda teria perdas e danos a requerer, nos termos exatos do art. 475 do CC. Tal hipótese se assemelharia bastante à *anticipatory breach* da *Common Law*, justamente por ter origem num repúdio (*repudiation*) ao contrato.

Todavia, na jurisprudência brasileira foi o próprio devedor inadimplente que tomou a iniciativa da resolução, e seus pedidos foram aceitos pelos tribunais.

Entendemos que a figura do inadimplemento antecipado, com seus elementos e pressupostos, é a que melhor explica a materialidade deste inadimplemento e a perturbação contratual que ela gera, tal como já exposto.

Neste ponto é necessário explicar por que o próprio devedor inadimplente teve o direito de resolver o contrato, nessa situação. E não é possível uma explicação embasada em um só fundamento.

Para José Osório de Azevedo Jr., além da configuração do inadimplemento antecipado do contrato, muito importante é a questão da culpa. No caso concreto não se vislumbrava uma culpa grave do devedor inadimplente, muito menos dolo, mas uma culpa leve, causada por empecilhos econômicos, eventos não desejáveis, mas ordinários na vida do homem comum, tais como desemprego, crises econômicas, insuficiência de rendas para os custos familiares. Chegou-se até a afirmar motivos eticamente justificáveis. De modo que o inadimplemento, apesar de culpável, tinha um motivo, não torpe, a possibilitar alguma graduação nas consequências da responsabilidade. Além disso, o devedor nunca deixou o credor lesado, isto é, nunca havia entrado em estado de mora, mas antecipou-se, até de certa forma, lealmente, para resolver o problema.¹³⁷

A situação do devedor, por sua vez, era de impossibilidade relativa: não havia patrimônio a saldar a dívida. Neste caso, a execução do saldo devedor não traria resultado eficiente. A restituição da posse do bem imóvel comprometido seria a medida mais vantajosa para o credor. Lembre-se, inclusive, que, por ser o contrato de compromisso de compra e venda com função de garantia, a propriedade do bem imóvel ainda estava no patrimônio do compromitente-vendedor. De modo que este ainda poderia vender novamente o bem em questão. A impossibilidade econômica, realmente, limita as alternativas de solução jurídica eficiente. A concretização da garantia, por sua vez, faz parte da função social do negócio jurídico então entabulado.

Além disso, no caso, a resolução, em favor do credor, era a medida de rigor, que apenas não havia sido tomada pelos compromitentes-vendedores pelo interesse de não restituir as prestações pagas pelo compromissário-comprador. Havia, então, uma situação que beirava o abuso, pois, garantidos quanto à propriedade do bem imóvel objeto do contrato, a não restituição do que lhes havia sido pago implicava situação bastante vantajosa, diante da situação toda.

Por outro lado, a autorização da resolução pelo devedor não encontrava óbice à altura. Não havia que se falar em violação à força obrigatória dos contratos, pois a razão do descumprimento era uma impossibilidade. E, não obstante, haveria responsabilização do inadimplente, com condenação em perdas e danos, justamente por força do contrato descumprido e resolvido. Ou seja: mesmo inadimplido, o contrato permanecia como fonte de obrigações, agora secundárias, de indenização. O contrato não

137. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso de Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 224-228.

se tornou um nada jurídico. Ele foi descumprido, mas continua com força obrigatória.

Surge, ainda, em favor do devedor inadimplente um elemento determinante. É que a simples manutenção da situação como estava, com o fim dos pagamentos, a devolução da posse e a manutenção da propriedade para os compromitentes-vendedores, fazia o devedor perder a totalidade das prestações do preço que havia pago. Essa situação viola frontalmente o art. 53 do CDC, que prevê a nulidade da cláusula de decaimento. Não só isso: tal situação gera enriquecimento indevido para o compromitente, às custas do compromissário. A resolução, na medida em que faz voltar ao *status quo ante*, impondo a restituição do que foi pago, é a medida judicial cabível, portanto, para reaver esse crédito do compromissário, com a vantagem de dar o contrato por extinto (segurança) e possibilitar reparação de danos, agora em favor dos compromitentes, compensando-se com a restituição de parcelas pagas. Há, portanto, nítida medida reequilibratória na ação de resolução tal qual exposta, atendendo ao fundamento e à finalidade desta figura.

Bastante elucidativa, aqui, a explicação de Cláudia Lima Marques:

A cláusula de decaimento – e qualquer cláusula de perda das prestações pagas (ou limites da devolução) – é cláusula conexa à prestação principal, pois limita o dever de responder (*Haftung*) do fornecedor, limita, assim, na figura de Larenz, a “sombra” da obrigação principal (*Schuld*), e neste sentido deve ser analisada neste item. Efetivamente, no Brasil, devido à insuficiência de poupança privada e às dificuldades do crédito ao consumidor, submete-se o interessado em adquirir um bem imóvel ou um bem móvel de elevado valor a contratos elaborados unilateralmente pelo fornecedor, prevendo na maioria das vezes a alienação fiduciária do bem adquirido, a reserva de seu domínio, a sua hipoteca e uma série de outras cláusulas assecuratórias da posição do credor. Tais contratos, em verdade promessas, costumam concentrar os riscos naturais do negócio para a parte contratante mais fraca, o aderente. O desequilíbrio contratual daí resultante e a insegura realidade econômica do País, muitas vezes, tornam insustentável a manutenção do vínculo negocial. A consequência é, então, a frustração das expectativas do comprador-poupador, geralmente um consumidor, e a proteção *prima facie* daquele que elaborou o contrato, o fornecedor, e assegurou para si uma posição contratual vantajosa, a qual poderíamos denominar de posição dominante (*Matchposition*) do fornecedor de tais produtos no mercado.¹³⁸

138. Cláudia Lima Marques, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2010, p. 1.075.

É nesse contexto que surge o art. 53, *caput*, do CDC, proclamando ser nula a cláusula abusiva que dá ao fornecedor o direito de, mesmo desfeito o negócio, reter as quantias pagas pelo consumidor.

A razão de tal dispositivo está em que a cláusula de decaimento atenta contra o direito de propriedade, a comutatividade dos contratos e contra a noção causal do Direito Brasileiro, que combate o enriquecimento sem causa.¹³⁹

Ora, desta feita, é preciso atentar para o fato de que esse dispositivo, para além de cominar sanção de nulidade, está reconhecendo a existência de um direito de crédito do consumidor que paga dada quantidade de parcelas, cai em inadimplemento do contrato e tem o negócio desfeito, frente àquele que as recebeu.

Assim consta do citado *leading case* desta hipótese de inadimplemento antecipado: “No tocante ao valor retido, o art. 53, *caput*, do CDC veda a retenção de todas as parcelas pagas e, portanto, o devedor, mesmo inadimplente, era também credor da quantia já paga”.¹⁴⁰

Apenas observe-se que este direito já era reconhecido antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, como reconhece Cláudia Lima Marques.¹⁴¹ Entretanto, é inegável o desenvolvimento trazido por um dispositivo expresso que, por reconhecer algo ínsito ao direito civil – a vedação do enriquecimento sem causa –, serviu, ainda, de fundamento legal para invocação de um direito de resolução que, em última hipótese, existe para assegurar o direito maior, que é o de crédito.

Como lembra Ruy Rosado de Aguiar Jr., a imputabilidade não é requisito da resolução. Ela pode, como uma figura mecânica, restauradora do equilíbrio, operar ainda quando não haja culpa das partes. Também o devedor pode ser titular do direito de resolver, não somente o credor. A amplitude da figura resolutória, portanto, não cria entraves conceituais à admissão desse caso especial de resolução pelo devedor inadimplente, culpado e responsabilizado.¹⁴²

139. *Idem*, p. 1.067.

140. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 38.024.4/7, rel. Des. José Osório, j. 18.6.1998; José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso de Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 224-230, ns. 144 e 145.

141. Cláudia Lima Marques, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., 3ª ed., p. 1.077.

142. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, pp. 469, 537-539 e 613-615.

É acertada ainda, a visualização do problema como de impossibilidade superveniente, como faz Francisco Eduardo Loureiro.¹⁴³ Interessa, sobretudo, apontar que essa não é uma impossibilidade plenamente liberatória. É liberatória do vínculo contratual só porque este perdeu sua função social. Mas não libera o devedor de se responsabilizar pelos prejuízos a que deu causa, pois a quebra contratual é a ele imputada.

Veja-se que essa solução parece muito satisfatória para resolução de casos muito difíceis, de certo apelo humanitário, mas que não encontravam solução satisfatória no Direito Brasileiro ou no estrangeiro.

É comum no trato do problema da alteração das circunstâncias, da onerosidade excessiva, ou da impossibilidade superveniente mencionar teorias como a da impossibilidade econômica, da exceção de ruína, da inexigibilidade.¹⁴⁴

Antônio Junqueira de Azevedo chegou a mencionar, em estudo sobre a revisão contratual, o problema da onerosidade excessiva subjetiva como aquela em que não há propriamente desequilíbrio contratual objetivo, mas extrema onerosidade para uma das partes contratantes, advinda de circunstâncias particulares. Um dos modos de resolver o problema seria verificar a ocorrência de um contrato existencial, no qual há uma parte não empresária, que não tem intento de lucro, mas que visa a um bem necessário à sua subsistência, como a aquisição da casa própria. Nesses contratos poderia haver intervenção mais direta do juiz, em nome da função social, para reequilibrar a situação, em termos de equidade. É claro que tal pensamento encontra vozes divergentes, principalmente no tocante à segurança das relações de mercado.¹⁴⁵

Para superar este conflito de visões jurídicas, Antônio Junqueira de Azevedo propõe esta nova dicotomia contratual entre contratos existenciais e empresariais. Deste modo, o contrato empresarial é aquele firmado entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não empresário, desde que este o faça com intento de lucro. Há, assim, um critério subjetivo (empresário ou não empresário),

143. Francisco Eduardo Loureiro, “Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda”, cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., p. 213.

144. Antônio Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, 4ª reimpr., Coimbra, Livraria Almedina, 2011, pp. 1.007-1.021.

145. Antônio Junqueira de Azevedo, “Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant”, in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 185-186.

em primeiro lugar, e um critério subjetivo-objetivo (intento de lucro), em segundo lugar. Em contrapartida, o contrato existencial é aquele firmado entre pessoas “comuns”, não empresárias, ou entre um contratante empresário e uma pessoa que não tenha intento de lucro. Exemplos de contratos empresariais seriam os de distribuição, franquia, consórcio interempresarial. Já, como existenciais estariam os contratos de consumo, de trabalho, de aquisição da casa própria ou de obtenção de moradia, como a locação residencial. A par das categorias contratuais existentes, esta nova classificação indicaria para os contratos existenciais um regime jurídico no qual a intervenção judicial poderia ser mais forte do que no dos contratos empresariais.¹⁴⁶

Pudemos constatar também como a onerosidade excessiva, tal como consagrada no Direito Brasileiro, limita-se ao desequilíbrio objetivo do contrato, sem envolver as situações particulares das partes contratantes, de modo que tanto doutrina quanto jurisprudência não tutelavam o contratante advindo em má situação econômica. Também não se vislumbrou a aplicação de teorias como a do limite do sacrifício ou da ruína econômica do devedor.¹⁴⁷

É por isso que essa figura da resolução do contrato pelo devedor por conta de inadimplemento antecipado soa muito interessante. De certo modo, ela resolve esses problemas sem dar um pulo de um raciocínio principiológico para uma decisão concreta. Ela não apela para um juízo puramente de equidade, com razões dissociadas do direito comum. Na verdade, são utilizadas figuras básicas do direito obrigacional: impossibilidade relativa, culpa, responsabilidade, função social, resolução, restituição. A figura do inadimplemento antecipado é capaz de agrupar todas elas num sentido lógico, permitindo uma dogmática segura sobre casos tão sensíveis do ponto de vista social.

Não é demais observar o papel da jurisprudência criativa na construção desse modelo teórico sólido, com o juiz exercendo papel determinante na solução do caso concreto.

É preciso reiterar, ainda, que não se está diante de simples direito de arrependimento, a ser facultado a todo devedor insatisfeito com um mau negócio, pouco cioso dos seus compromissos.

146. Idem, ibidem. Tal posicionamento também consta da atualização procedida por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino da obra de Orlando Gomes, *Contratos*, cit., 26ª ed., pp. 100-101.

147. Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso, *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*, cit., pp. 20-23 e 114-115.

O arrependimento é questão de direito extremamente restrito. O Código de Defesa do Consumidor o permite nas hipóteses de contratação fora do estabelecimento comercial, pelo período de sete dias da conclusão do negócio (art. 49). Não se encontra mais no Código Civil disposição semelhante ao art. 1.088 do CC de 1916, que facultava o direito de arrependimento quando o ato necessitasse de forma pública.¹⁴⁸

O Código Civil atual permite o arrependimento desde que pago pelo preço das arras penitenciais (art. 420). Assim, o direito potestativo de desistir do contrato não é exercido gratuitamente, mas pela perda das arras. Além de o direito não se presumir, mas resultar da vontade das partes, ele deve ser exercido dentro de marco temporal, consistente no início de cumprimento do contrato. Assim, o direito de arrependimento é comportamento contrário a qualquer medida executiva. No compromisso de compra e venda, inclusive, o direito de arrependimento foi banido justamente por viabilizar injustiças contra compromissários pelos loteadores interessados na valorização imobiliária, que, após pago o preço, se arrependiam do contrato, para vender o imóvel por valor muito maior. Assim, o direito de arrependimento é proibido pelo art. 25 da Lei 6.766/1979, bem como encontra óbice na Súmula 166 do STF, que o inadmite quando o preço está integralmente pago.¹⁴⁹

No dizer de José Osório de Azevedo Jr., “é preciso que haja motivação ética e econômica suficiente para justificar o comportamento do compromissário, como, por exemplo, desemprego, graves dificuldades financeiras, morte ou doença na família etc., compelindo-o a dar por findo o contrato, diante da inércia do promitente-vendedor que se recusa a resolver amigavelmente a questão, deixando o compromissário na contingência de arcar com perdas e danos exageradas. (...)”¹⁵⁰

Assim, o requisito da impossibilidade relativa de pagar é fundamental. Bem como é sempre pressuposto ao devedor ser imputada essa responsabilidade. A conduta do devedor, por sua vez, é mais no sentido de ser bom pagador e encontrar dificuldade no decorrer da execução, o que revela sua boa-fé, do que aquele que mal paga, usufrui do bem e nada teria a receber se o contrato fosse resolvido. Este utilizaria este

148. José Osório de Azevedo Júnior, *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 228-229.

149. Francisco Eduardo Loureiro, “Arras”, in Renan Lotufo e Giovane Etoze Nanni (coords.), *Obrigações*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 774-778.

150. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., p. 229.

remédio para consagrar o inadimplemento. Aquele usa o remédio para se compensar justamente de um investimento considerável frustrado por circunstâncias desfavoráveis.

Não há, portanto, arrependimento. E a segurança jurídica, prezada pelo mercado, advém do trato técnico da figura do inadimplemento antecipado, como exposto. Não seria demais afirmar que há, nesses casos, sem alarde, devida concretização de princípios como dignidade da pessoa humana, solidariedade, função social e boa-fé.

Com relação ao modo como opera tal resolução, dado seu caráter especialíssimo, ela só pode ser operada pela via judicial. Caso o compromitente-vendedor tenha interesse em promover a resolução por este tipo de inadimplemento antecipado, a resolução deve também ser judicial, pelos motivos já expostos. Como em princípio não há mora, não se perquire sobre a necessidade de interpelação. Até mesmo porque, nesses casos, há declaração prévia de inadimplir pelo compromissário-comprador, o que supre qualquer necessidade de notificação para acertamento de situação jurídica. Esses fatos, enfim, devem ser levados a juízo, para que se dê o devido equilíbrio às restituições contratuais.

Não é demais lembrar que a menção à resolução judicial pressupõe a falta de acordo entre as partes sobre a extinção do contrato e as devidas compensações. Se por via extrajudicial se chegar a um consenso sobre o fim da relação contratual, tal distrato é plenamente satisfatório.

Uma observação faz-se necessária. Há entendimento consolidado no TJSP no sentido de que o compromissário, mesmo inadimplente, pode pedir a resolução do contrato e a restituição das parcelas pagas.¹⁵¹ Entendemos ser esta hipótese especial de resolução, mas que não consiste em inadimplemento antecipado do contrato, tal como ora estudado. O inadimplemento antecipado do contrato por declaração de impossibilidade relativa de adimplir tem lugar – repita-se – quando o compromissário ainda não inadimpliu a prestação principal. Esta situação jurídica estaria, por assim dizer, mais em sintonia com um padrão exigível de boa-fé.

Em síntese, as razões de admissibilidade desta espécie de resolução pelo devedor no inadimplemento antecipado do contrato são as seguintes: (i) não há prévia situação de mora, mas declaração de impossibilidade de

151. Tal orientação está consagrada na Súmula 1 da Seção de Direito Privado do TJSP: “O compromissário-comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a resolução do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário-vendedor, assim como o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”.

continuar adimplindo; (ii) existe, efetivamente, impossibilidade relativa, de modo a afastar, também, outra solução jurídica; (iii) existem parcelas pagas que devem ser restituídas, de forma que há crédito a ser tutelado; (iv) a concretização da garantia para o credor é uma decorrência natural da função social deste tipo de negócio jurídico, o compromisso de compra e venda; (v) há responsabilidade do devedor, que arcará com perdas e danos; (vi) ele também deve restituir o equivalente pelo uso do bem; (vii) a resolução no Direito Brasileiro possui fundamento legal e não está adstrita a um direito do credor lesado pelo inadimplemento; (viii) não pode haver intuito de fraude, de aproveitamento, mas conduta de acordo com a boa-fé objetiva.

Sobre tal problemática, uma pergunta merece também atenção: tal possibilidade de resolução pelo devedor poderia ser alçada a uma figura de teoria geral dos contratos?¹⁵²

Vistos os requisitos acima apontados, que têm a serventia de demonstrar que não há violação a nenhum princípio fundamental do direito obrigacional, bem como utilizando-se da dicotomia entre contratos existenciais e empresariais, relembando-se toda a análise já procedida a respeito do inadimplemento antecipado do contrato, poderíamos responder afirmativamente à questão. Ou seja: a possibilidade de resolução pelo devedor por inadimplemento antecipado do contrato faz parte da teoria geral dos contratos no Direito Brasileiro, cuja aplicação, até o momento, é típica dos contratos existenciais.

2.5 *É cabível a resolução por inadimplemento antecipado pelo devedor na alienação fiduciária em garantia?*

É interessante observar outro grupo de casos, mais ou menos semelhantes, que foram levados à jurisprudência, envolvendo a devolução de quantias pagas, por inadimplemento superveniente. Ocorre que em tais casos o problema ocorreu em contratos de alienação fiduciária em garantia.

Trata-se de casos em que devedores, com base no art. 53 do CDC bem como no entendimento jurisprudencial firmado a respeito do inadimplemento antecipado em compromisso de compra e venda, pleitearam a devolução de parcelas pagas por força de contrato de compra e venda com financiamento do preço mediante alienação fiduciária em garantia.

152. Tal pergunta foi formulada pelo professor Cristiano de Souza Zanetti durante a arguição da tese.