

EXECUÇÃO PELO EQUIVALENTE COMO ALTERNATIVA À RESOLUÇÃO: REPERCUSSÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

EXECUTION BY THE EQUIVALENT AS ALTERNATIVE TO THE RESOLUTION: REPERCUSSIONS ON CIVIL LIABILITY

Aline de Miranda Valverde Terra

Professora de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). *E-mail:* <aline@amvt.com.br>.

Resumo: Este artigo objetiva analisar a execução pelo equivalente diante do inadimplemento absoluto, a partir de crítica revisão bibliográfica, com base no método lógico-dedutivo. Busca-se sublinhar que, diante do inadimplemento absoluto, nasce para o credor o direito potestativo de optar entre a resolução da relação obrigacional e a execução pelo equivalente. Neste caso, a relação obrigacional não se desfaz, mantendo-se, para ambas as partes, todas as obrigações contratuais, razão pela qual o credor deverá executar *in natura* a prestação que lhe incumbe, e poderá se valer das garantias do crédito eventualmente prestadas. Procura-se demonstrar, ainda, que o equivalente não se confunde com as perdas e danos; trata-se de somas devidas a títulos diferentes, autônomas entre si. Por essa razão, sustenta-se a possibilidade de cumulação do equivalente com a cláusula penal compensatória, bem como o direito de o credor requerer seu pagamento mesmo em presença de cláusula de não indenizar. Por fim, aponta-se que a indenização devida a título de responsabilidade civil em caso de execução pelo equivalente deve se pautar pelo interesse positivo.

Palavras-chave: Execução pelo equivalente. Inadimplemento absoluto. Resolução.

Abstract: This article is based on a critical bibliographic review and under the logical-deductive method to present an analysis of execution by the equivalent in face of absolute default. It highlights that, upon an absolute default, the creditor has the potestative right to opt for a resolution of the obligation or for the execution by the equivalent. In this case, the obligation relation is not broken and both parties keep liable to the contract and the creditor shall have the execution *in natura* of what is due and shall be entitled to the given guaranties for credit. It also shows that the equivalent is not mistakenly taken as losses and damages; it refers to distinct and independent sums due. Thus, there is the possibility of accumulation of the equivalent to the compensation penal clause and the right for the creditor to claim payment even in the presence of the non-remedy clause. In the end, it is stressed that the indemnity due to civil liability upon execution by the equivalent must rely on positive interest.

Keywords: Execution by the equivalent. Absolute default. Resolution.

Sumário: Introdução – **1** Execução pelo equivalente e resolução: remédios diante do inadimplemento absoluto – **2** Execução pelo equivalente e modificação (e não extinção) da relação obrigacional – **3** Efeitos da preservação da relação obrigacional – **4** O valor equivalente da prestação – **5** Execução pelo equivalente e responsabilidade civil: separando o joio do trigo. Repercussões da distinção em relação às cláusulas penal compensatória, de não indenizar e limitativa de responsabilidade – Conclusão

Introdução

A relação obrigacional encerra indispensável fenômeno de colaboração econômica, constituída por vínculo transitório orientado à satisfação do concreto interesse das partes. Por vezes, todavia, alguma intercorrência impede o desfecho perseguido pelos sujeitos do negócio e não se realiza a prestação satisfativa, consubstanciada no comportamento do devedor que executa, a um só tempo, o dever principal de prestação e todos os demais deveres secundários e de conduta que se façam instrumentalmente necessários para a consecução do resultado útil programado, a conduzir ao inadimplemento absoluto da prestação.

Nesse cenário, procura-se esclarecer, por meio de interpretação sistemática do art. 475 do Código Civil, quais são as alternativas conferidas ao credor diante do inadimplemento absoluto. Investiga-se, portanto, se o credor pode pleitear a execução específica, ou se lhe resta apenas optar entre a resolução da relação obrigacional ou a execução pelo equivalente.

Em seguida, passa-se a analisar mais detidamente a execução pelo equivalente, e procura-se verificar se ela conduz à extinção ou à modificação da relação obrigacional, o que assume especial relevância tendo em vista a diversidade de efeitos que uma ou outra solução oferece: se se entende que há mera modificação da relação obrigacional, conservam-se todas as cláusulas do contrato, inclusive a obrigação do credor de cumprir sua prestação, o que não ocorre caso se entenda haver verdadeira extinção da relação.

Pretende-se, ainda, analisar como se calcula o valor a ser considerado como o equivalente pecuniário da prestação (aquele correspondente ao valor da prestação no momento da celebração do negócio ou o vigente à época em que a prestação deveria ter sido adimplida), bem como a relação entre o pagamento do equivalente e a indenização por perdas e danos. Neste particular, torna-se indispensável perquirir se é possível, ou não, cumular o recebimento do equivalente com o montante prefixado em cláusula penal compensatória ou com os valores estabelecidos em cláusula limitativa de responsabilidade, e se a existência de cláusula de não indenizar impede o credor de exigir o equivalente.

Cuida-se a execução pelo equivalente, como se nota, de instrumento repleto de controvérsias, cuja análise oferece inegável relevância prática. Este estudo se dedica, precisamente, à investigação de referidas questões. E é ao que se passa a seguir.

1 Execução pelo equivalente e resolução: remédios diante do inadimplemento absoluto

Contratar é, por si só, uma situação de risco.¹ Ao contratar, as partes ignoram as vicissitudes que podem atingir o contrato e desconhecem se seu desfecho lhes será favorável ou não. Por isso mesmo, a materialização dos riscos que orbitam o negócio assombra diuturnamente os contratantes, que podem ter seus interesses não satisfeitos por razões alheias à sua conduta.

O inadimplemento absoluto se qualifica como específico risco contratual, que se caracteriza pela impossibilidade da prestação para o devedor ou sua inutilidade para o credor por fato imputável ao devedor,² e cuja configuração confere ao credor o direito potestativo de escolher entre as possibilidades previstas no art. 475 do Código Civil: “pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Não raro, afirma-se em doutrina que o art. 475 franqueia ao credor a escolha entre resolução e cumprimento *in natura*, vale dizer, execução específica.³ Referido entendimento baseia-se, ao que parece, em dois equívocos que andam juntos: a confusão entre os suportes fáticos que ensejam a execução específica

¹ Afirmam António Pinto Monteiro e Júlio Gomes que “contratar é, desde logo, planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, ‘trocar’ o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura” (MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A ‘hardship clause’ e o problema da alteração das circunstâncias. In: VAZ, Manuel Afonso; LOPES, J. A. Azeredo (Coord.). *Juris et de jure*: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 19).

² No âmbito da responsabilidade contratual, o critério de imputabilidade lastreado na conduta culposa afigura-se ainda preponderante, embora se observe crescente adoção do critério objetivo de imputação, lastreado em normas que atribuem ao devedor a assunção de risco, de dever de segurança ou de garantia. Dessa forma, constitui inadimplemento imputável, ao lado dos comportamentos comissivos ou omissivos que ensejam a responsabilidade subjetiva do devedor (art. 392), todas as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas em lei, bem como aquelas em que o contratante assume expressamente o risco da não verificação do resultado pretendido. Em suma, como esclarece Judith Martins-Costa, “muitas vezes não importa saber quem é culpado pelo inadimplemento, mas apenas quem é o responsável por ele” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t. 2. p. 89). Na mesma direção: ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 117 *et seq.*

³ V., por todos, BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 325.

e a resolução, e a questionável interpretação da expressão “preferir exigir-lhe o cumprimento”. Veja-se.

Diante da inexecução imputável da prestação devida pode o credor perseguir a satisfação do crédito por meio de medidas coercitivas aplicadas pelo Estado-juiz, a seu requerimento, no exercício da função jurisdicional. Cuida-se, aqui, da responsabilidade que acompanha o débito, como a sombra que segue o corpo, na emblemática analogia de Larenz.⁴

De acordo com a concepção corrente, de regra, todo aquele que assume obrigação responde, em caso de inadimplemento absoluto ou relativo, com seu patrimônio. Essa responsabilidade não se confunde, com efeito, com a responsabilidade civil, como já advertia Larenz. De acordo com o autor, “al hablar entonces de responsabilidad no queremos indicar la de la persona por los perjuicios causados (con la consecuencia de una obligación de indemnizar), sino que aludimos a la *afcción* de su patrimonio, a la intervenció de los acreedores por via ejecutiva”.⁵

“A *faculdade* de executar”, lembra Orlando Gomes, “está compreendida no direito a exigir o cumprimento da obrigação, ínsito ao *crédito*. [...] Se ao credor não fossem assegurados *meios coercitivos* para exigir o cumprimento da obrigação, o *direito de crédito* teria escasso valor”.⁶ Dois são os mecanismos de satisfação coativa do crédito:⁷ execução específica e execução pelo equivalente, também designada execução genérica.⁸

A execução específica é remédio conferido ao credor somente em caso de mora, em que o devedor ainda pode cumprir utilmente a prestação devida, não já na hipótese de inadimplemento absoluto. Qualificar uma inexecução como mora ou inadimplemento absoluto não é, por conseguinte, uma escolha do credor; é uma qualificação que decorre seja do fato objetivo de a prestação ter ou não se tornado inútil para ele, ou ter ou não se impossibilitado para o devedor. E mesmo a definição de inutilidade da prestação também é passível de controle, já que não é o credor quem define, arbitrariamente, o que é útil para si; embora o conceito

⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p. 34.

⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p. 33.

⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 208. Grifos no original.

⁷ Enrico Allorio explica, ainda, a distinção entre execução forçada e execução não forçada: “La distinzione tra esecuzione forzata ed esecuzione non forzata si può, dunque, formular sinteticamente, sotto l’aspetto funzionale, in questi termini: l’*esecuzione forzata* è preordinata ad attuare diritti d’obbligazione – di specie o di genere –, l’*esecuzione non forzata* ad attuare diritti potestativi” (ALLORIO, Enrico. *Esecuzione forzata in genere*. In: D’AMELIO, Mariano (Org.). *Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1938. p. 505-506).

⁸ Ao lado da execução coativa, há a possibilidade de o credor mandar executar a prestação por terceiro, hipótese em que há a satisfação do credor sem adimplemento e, consequentemente, sem a liberação do devedor, porque se dá a sub-rogação pessoal, nos termos do art. 249 do Código Civil.

de utilidade tenha certo viés subjetivo, a exigir que seja apreciada em relação ao concreto credor da relação obrigacional e não em relação a um credor qualquer abstratamente considerado, a essa avaliação subjetiva devem se somar dados objetivamente extraídos da específica relação jurídica.⁹ Busca-se identificar, assim, a utilidade objetivada, identificada a partir da operação econômica em causa, isto é, a partir do que as partes dispuseram no comum regulamento de interesses. E na avaliação dos elementos subjetivos e objetivos alguns critérios devem nortear o intérprete na identificação da noção de utilidade da prestação, a exemplo da boa-fé objetiva¹⁰ e do interesse do sinalagma.¹¹ Com efeito, se a qualificação da inexecução como mora ou inadimplemento absoluto não é escolha arbitrária do credor, a utilização dos instrumentos de tutela a eles disponibilizados também não o é. Há, portanto, instrumentos próprios para a mora, a exemplo da execução específica, e remédios próprios para o inadimplemento absoluto, como a execução pelo equivalente e a resolução.

Pela execução específica, o credor recebe a exata prestação contratada, satisfazendo plena e integralmente seu interesse com a obtenção da mesma utilidade, do mesmo resultado prático que teria obtido caso o devedor tivesse cumprido espontânea e pontualmente a prestação – excluídos, obviamente, os custos e desgaste do processo de execução. A execução *in natura* satisfaz, como leciona Calvão da Silva, “o interesse primário do devedor, proporcionando-lhe não uma qualquer vantagem mas a vantagem bem determinada e por si esperada, finalidade

⁹ É também a lição de Ruy Rosado de Aguiar Junior: “Os dados a considerar, portanto, são de duas ordens: os elementos *objetivos*, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento *subjetivo*, que reside na necessidade existente no credor em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 133). Na mesma direção, confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t. 2. p. 254.

¹⁰ Como aponta Emilio Betti, “Il criterio della buona fede serve a valutare se vi sia stato, o meno, il soddisfacimento dell’interesse della controparte, nei casi in cui si fa questione se la prestazione esiga od offra ancora per il creditore quella utilità che essa è destinata ad apportargli. [...] Qui l’apprezzamento se l’inadempienza abbia scarsa importanza, o se la prestazione tardiva sia ancora nell’interesse dell’altra parte, è sì rimesso alla iniziativa della parte interessata; ma l’apprezzamento non è arbitrario, bensì controllabile. Il giudice potrà controllarlo; e qui, sempre alla stregua della buona fede, sarà da apprezzare se un adempimento tardivo o parziale [...] sia pur sempre tale da apportare una utilità, o non sia più tale da soddisfare l’interesse del creditore” (BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1953. v. 1. p. 105).

¹¹ Nesse sentido, afirma Judith Martins-Costa, a *inutilidade* pode ser mensurada, objetivamente, “à vista de suas repercussões no *equilíbrio* entre as prestações; na *funcionalidade* do contrato, implicada no concreto *programa negocial*, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte; na *relação de proporcionalidade*; na própria *licitude*, considerada à vista da cláusula geral do art. 187” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t. 2. p. 256. Grifos no original). Na lição de Larenz, configura-se o inadimplemento absoluto quando a prestação resultar, enfim, economicamente distinta (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p. 303).

de ser da própria obrigação”.¹² A execução específica é, na síntese do autor, o prolongamento e a projeção do cumprimento no processo executivo.¹³

De outro lado, se a prestação se tornou impossível para o devedor ou inútil para o credor, a execução específica se afigura inapropriada, já que incapaz de conferir ao credor aquilo a que se propõe: a própria prestação. Com efeito, diante de inadimplemento absoluto, outros instrumentos de tutela serão disponibilizados ao credor, que poderá optar entre resolver a relação obrigacional, com o retorno do *status quo ante*, ou exigir o cumprimento, não *in natura* – e aqui está o segundo equívoco apontado anteriormente –, mas pelo equivalente pecuniário da prestação, isto é, o seu valor em dinheiro, sem prejuízo, em ambas as hipóteses, da indenização pelas eventuais perdas e danos experimentados.¹⁴

Ora, se execução específica e resolução se baseiam em suportes diferentes (mora e inadimplemento absoluto respectivamente), não é possível admitir que a opção facultada ao credor pelo art. 475 seja entre esses dois remédios. Ou se está diante de mora, que admite a execução específica e não autoriza a resolução, ou se está diante de inadimplemento absoluto, que autoriza a resolução e não admite a execução específica. *Tertium non datur*. Se, de um lado, a resolução

¹² SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Livraria dos Advogados Editora, 1987. p. 141. Grifos no original.

¹³ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Livraria dos Advogados Editora, 1987. p. 144.

¹⁴ À mesma conclusão chega Araken de Assis, que, ao analisar as opções conferidas ao credor pelo art. 475, pondera que, “embora seja uma vantagem, e nítida, a liberdade de opção, em geral existente, somente aproveita ao parceiro inocente no caso de inadimplemento *relativo*. O inadimplemento absoluto, que denota falta *irrecuperável*, torna a demanda de cumprimento de plano inviável” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32). Em outra obra, o autor, ao discorrer acerca dos limites à liberdade de escolha do credor, expõe com mais clareza sua orientação e afirma, categoricamente: “[...] há limites práticos que condicionam a escolha. Por exemplo, o inadimplemento absoluto torna irrecuperável a prestação, e, portanto, inútil ao credor trilhar o caminho da demanda de cumprimento, exceto para pedir uma prestação pecuniária equivalente” (ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5. p. 611). Essa, também, é a lição de Pontes de Miranda: “A execução em natura ou específica é a que mais perfeitamente reestabelece o estado anterior, ou estabelece o estado que corresponde à justiça. Somente onde a execução específica não se pode obter, ou onde ela não satisfaz, é que se busca a execução no valor, ou, mais claramente, a execução forçada pela retirada e entrega do valor correspondente. [...] A execução em natura é, portanto, logicamente, a regra. Se a execução forçada não pode ser em natura, tem de ser por execução de valor” (MIRANDA, A. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p. 197-198). Confira-se, ainda, Fernando Noronha: “Quando tem por objetivo dar ao credor o que lhe é devido (obrigações de fazer ou não fazer e obrigações de entrega da coisa), tradicionalmente fala-se em *execução específica*, ou *direta*; quando, por não ser possível dar ao credor o que lhe é devido, se intenta dar-lhe um equivalente pecuniário da prestação, tradicionalmente fala-se em *execução pelo equivalente*, ou *genérica*. [...] Tanto nos casos em que se visa dar ao credor exatamente aquilo que lhe era devido (execução específica), como naqueles em que se procura atribuir-lhe um valor pecuniário correspondente (execução pelo equivalente), normalmente acontece ter o credor danos adicionais, resultantes do inadimplemento” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172-174).

é remédio extremo, que só se justifica diante de inadimplemento absoluto, de outro, como se poderia executar o que se impossibilitou, ou para que exigir o que se tornou inútil? Para que o credor possa escolher, potestativamente, entre dois instrumentos de tutela, é imprescindível que ambos tenham o mesmo suporte fático. E o instrumento que se baseia no mesmo suporte fático da resolução é a execução pelo equivalente. Logo, a escolha a ser feita pelo credor, com base no art. 475, é entre a resolução e o cumprimento *pelo equivalente*.^{15 16}

A execução pelo equivalente é expressamente conferida ao credor nas situações de perda da coisa por culpa do devedor nas obrigações de dar, nos termos do art. 234 do Código Civil, bem como diante da perda da coisa nas obrigações de restituir, conforme estabelece o art. 239, *in verbis*:

Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos. [...]

¹⁵ Assim já decidiu a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça: “Assim, ao credor é permitido exigir do devedor o exato cumprimento daquilo que foi avençado. Se houver mora, além da execução específica da prestação, o credor pode pleitear eventuais perdas e danos. Na hipótese de inadimplemento definitivo, o credor poderá escolher entre a execução pelo equivalente ou a resolução da relação jurídica contratual. Em ambas alternativas, poderá requerer, ainda, o pagamento de perdas e danos” (STJ, 2ª Seção. EREsp nº 1.280.825. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.6.2018).

¹⁶ Araken de Assis, ao discorrer acerca dos limites à liberdade de escolha do credor, afirma, categoricamente: “[...] há limites práticos que condicionam a escolha. Por exemplo, o inadimplemento absoluto torna irreversível a prestação, e, portanto, inútil ao credor trilhar o caminho da demanda de cumprimento, exceto para pedir uma prestação pecuniária equivalente” (ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5. p. 611). Confira-se, no mesmo sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “Se a prestação se tornou impossível por culpa do devedor, o credor pode optar entre pedir a resolução do contrato ou o adimplemento, pelo equivalente (art. 389 do Código Civil). [...] Se o incumprimento definitivo, por perda do interesse na prestação, resultar de culpa do devedor, o credor não exigirá a execução em espécie, que já não lhe traz nenhuma utilidade, mas poderá optar entre manter o contrato e obter o equivalente (art. 236 do Código Civil) ou requerer a resolução (art. 475 do Código Civil), sempre com perdas e danos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. t. 2. p. 388-389). A indicar a execução específica e a execução pelo equivalente como espécies de ação de cumprimento, confira-se MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 664. Calvão da Silva, a seu turno, reserva a expressão “ação de cumprimento” para aquelas hipóteses em que se tem em mira a realização da prestação originariamente devida, embora reconheça que há aqueles que se utilizam da expressão de forma mais ampla, a nela incluir também o cumprimento pelo equivalente: “Por isso, falar-se de exacto ou/e específico cumprimento não passa de pleonasma, pleonasma que não existe, contudo, para quem adote a terminologia de ‘cumprimento pelo equivalente’ para significar a realização do dever de indemnizar que surge em vez do primário dever de prestar” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Livraria dos Advogados Editora, 1987. p. 144, nota 265).

Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

A perda da coisa, no entanto, é apenas uma das situações – prevista expressamente pelo legislador – que conduz à impossibilidade da prestação e, conseqüentemente, ao inadimplemento absoluto, devendo-se aplicar a todas as demais hipóteses de inadimplemento absoluto a mesma disciplina jurídica.¹⁷ Ao propósito, foi exatamente o que fez o legislador ao disciplinar a impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores solidários, no art. 279, determinando que “subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado”.

Os dispositivos revelam o que já se advertiu linhas acima: a responsabilidade que segue ao inadimplemento do débito é gênero, do qual a responsabilidade civil é espécie. A responsabilidade franqueia ao credor diversos instrumentos coercitivos dirigidos à tutela da sua posição jurídica: (a) em caso de mora, a execução forçada, a autorizá-lo a perseguir a coisa em espécie, ou (b) diante de sua impossibilidade ou inutilidade para o credor, (b.1) a execução pelo equivalente ou (b.2) a resolução da relação obrigacional, atuando, ainda, simultaneamente, em qualquer desses casos (“a” e/ou “b”), a responsabilidade civil, se houver perdas e danos.¹⁸

As execuções forçadas *in natura* e pelo equivalente, bem como a resolução são instrumentos de tutela que se colocam automaticamente à disposição do credor diante do inadimplemento relativo ou absoluto, respectivamente; a responsabilidade civil, no entanto, só lhe será franqueada se do inadimplemento advierem prejuízos. Resta evidente, portanto, que a execução pelo equivalente – assim como a execução específica e a resolução – não se confunde com a indenização pelas perdas e danos. Trata-se de verbas com funções diferentes, embora complementares.

¹⁷ “Do mesmo modo, não tem o credor o direito a exigir outra prestação que não a devida. A inadimplência não o investe no direito à sua substituição. Nestas condições, o devedor não pode oferecer o equivalente, nem o credor pode exigí-lo. A *execução sob forma genérica* só se justifica quando impossível a *execução direta*, por tornar-se a prestação inútil para o credor [...]” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 210-211. Grifos no original).

¹⁸ Assim, também, Judith Martins-Costa e Cristiano de Souza Zanetti: “No direito dos contratos, a regra é a execução específica. O credor pode, assim, exigir que o devedor cumpra exatamente aquilo a que se obrigou. Se houver mora, o credor poderá exigir a execução específica da prestação mais as perdas e danos decorrentes da inobservância do tempo, lugar ou modo pactuados, conforme se infere da leitura dos arts. 389, 394 e 395 do Código Civil (LGL\2002\400). Se houver inadimplemento definitivo, o credor poderá optar entre a execução pelo equivalente e, observados os pressupostos necessários, a resolução da relação jurídica contratual, além de poder exigir, em qualquer caso, o pagamento das perdas e danos que lhe causou o devedor, de acordo com o previsto no art. 475 do Código Civil (LGL\2002\400)” (MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos*. *Revista dos Tribunais*, v. 979, maio 2017. p. 4-5).

É de se notar, ainda, que o legislador não conferiu ao credor, nos arts. 234, 239 e 279, a possibilidade de optar entre a execução pelo equivalente e a resolução (como o fez no art. 475), porque nem sempre a obrigação decorre de uma relação contratual. Quando não há contrato, simplesmente não há o que resolver. Apenas diante do inadimplemento absoluto de obrigação contratual é que se abrirá ao credor a opção entre executar pelo equivalente ou resolver a relação obrigacional.¹⁹ Oportuna, ao propósito, é a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que distingue todas as possibilidades conferidas ao credor frente ao incumprimento do devedor:

Ocorrendo o incumprimento, abrem-se ao credor diversas alternativas legais, conforme a natureza do incumprimento. Diante de uma impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, não imputável ao devedor, a obrigação se extingue *ipso jure*, liberando ambas as partes. *Na impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, por culpa do devedor, cabe ao credor ou manter o contrato, requerendo o equivalente e mais indenização por perdas e danos, ou resolvê-lo, mediante o exercício do seu direito formativo* (art. 1.092, parágrafo único do Código Civil), igualmente com direito à indenização. *No caso de ser possível a prestação, mas já sem interesse do credor, por inutilidade decorrente da demora ou do cumprimento imperfeito, sem culpa do devedor, a obrigação pode ser resolvida mediante exercício do direito formativo. Se houver demora, com culpa do devedor (mora) ou cumprimento imperfeito culposos, pode o credor escolher entre manter o contrato, requerendo não a prestação em espécie, que não mais lhe interessa, mas o seu equivalente, ou resolver a relação.* Sendo possível a prestação e ainda de interesse do credor recebê-la, estamos diante de simples caso de demora (sem culpa) ou de mora, ou de cumprimento imperfeito, quando tem o credor a seu dispor a ação de adimplemento, que surge desde o vencimento e que persiste até o cumprimento da prestação, podendo receber a coisa com retardo ou aceitar o cumprimento imperfeito que o devedor lhe oferece, sempre com direito a perdas e danos.²⁰

¹⁹ Como observa Francisco Marino ao tratar da execução pelo equivalente franqueada pelo art. 234, quando a obrigação de dar se insere em relação contratual, permite-se ao credor, nos termos específicos do art. 475, “pleitear a resolução do contrato, cumulada com perdas e danos, ou pleitear a *manutenção* do contrato, cabendo-lhe, neste caso, o direito ao equivalente pecuniário da coisa perdida, acrescido de indenização pelo inadimplemento (perdas e danos)” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Responsabilidade contratual: efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 414. Grifos no original).

²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 95. Grifou-se. Em obra posterior, o mesmo autor ratifica o entendimento já esposado: “Se a prestação se tornou impossível por culpa do devedor, o credor pode optar entre pedir a resolução do contrato ou o adimplemento, pelo equivalente (art. 389 do Código Civil). [...] Se o incumprimento definitivo, por perda do interesse na prestação, resultar de culpa do devedor, o credor não exigirá a execução em espécie,

Das lições de Ruy Rosado de Aguiar Júnior ainda é possível extrair outra inevitável conclusão: na execução pelo equivalente não se extingue a relação obrigacional, a exemplo do que se passa na resolução, mas também não se busca obter o programa contratual originalmente pactuado, como ocorre por meio da execução *in natura* (e que, repita-se à exaustão, só é possível em caso de mora). Na execução pelo equivalente, mantém-se o contrato, mas se modifica a relação obrigacional originalmente pactuada, e o credor persegue a realização de um programa contratual remodelado, como se examinará a seguir.

2 Execução pelo equivalente e modificação (e não extinção) da relação obrigacional

O inadimplemento absoluto impede o cumprimento do programa contratual original, e confere ao credor o direito potestativo de optar entre a resolução e a execução pelo equivalente.

Optando pela resolução, extingue-se a relação obrigacional e em seu lugar surge uma relação de liquidação, voltada ao retorno ao *status quo ante*, no âmbito da qual se produzem os efeitos (a) liberatório, que libera as partes de cumprirem as prestações ainda não adimplidas; (b) restitutivo, que impõe a ambas as partes a restituição, uma a outra, de tudo o que já houverem recebido por força da relação obrigacional;²¹ e (c) indenizatório, que atribui ao devedor a indenização por eventuais perdas e danos experimentadas pelo credor.²²

que já não lhe traz nenhuma utilidade, mas poderá optar entre manter o contrato e obter o equivalente (art. 236 do Código Civil) ou requerer a resolução (art. 475 do Código Civil), sempre com perdas e danos" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. t. 2. p. 388-389).

²¹ É preciso, todavia, distinguir a amplitude do efeito restitutivo no âmbito de contratos de duração. A execução de um tal contrato pressupõe, necessariamente, certo arco temporal, já que o interesse de uma ou ambas as partes não pode ser satisfeito mediante a realização de ato pontual, mas requer que a prestação seja continuada ou periódica. O sinalagma se articula em uma sequência de prestações correspectivas cuja execução é distribuída ao longo do tempo com base no interesse dos contratantes. Dessa forma, se por determinado período o contrato é executado regularmente, o inadimplemento superveniente não altera o sinalagma relativo às prestações pregressas. No período em que o contrato é executado, o interesse das partes resulta plenamente satisfeito, e o inadimplemento posterior não compromete o equilíbrio entre as prestações até então adimplidas, razão pela qual a resolução não afeta os efeitos já produzidos. A regra se aplica, todavia, apenas aos contratos em que as prestações de ambos os contratantes sejam de execução continuada ou periódica; basta que uma das duas prestações seja de execução instantânea para que a resolução produza efeitos retroativos, sob pena de configurar-se situação de manifesto desequilíbrio entre as partes: se no momento da resolução a prestação instantânea já tivesse sido executada, seu credor ficaria em situação de vantagem, já que a conservaria consigo mesmo tendo cumprido apenas parcialmente a prestação periódica ou continuada que lhe incumbia; diversamente, caso referida prestação instantânea ainda não houvesse sido executada quando da resolução, aquele a quem incumbia restaria favorecido, pois não estaria obrigado a restituir a prestação periódica até então executada em seu favor, a despeito de nada ter contraprestado.

²² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 167 *et seq.*

Elegendo a execução pelo equivalente, todavia, mantém-se a relação obrigacional, e substitui-se o objeto²³ original por seu equivalente pecuniário. Nesse cenário, altera-se o programa contratual, e o nexo de sinalgmaticidade²⁴ passa a ser estabelecido entre a prestação devida pelo credor e a quantia equivalente à prestação que incumbia inicialmente ao devedor.²⁵ Há, com efeito, mera modificação da relação obrigacional –²⁶ que, portanto, não se extingue.

Trata-se, em definitivo, a execução pelo equivalente, de tutela conservatória da relação obrigacional, com a manutenção de vínculo sinalagmático. A relação obrigacional não perde a sua identidade, não obstante a modificação do objeto do direito do credor.²⁷ Esse é, precisamente, o entendimento de José Carlos Brandão Proença:

Supondo que Antônio trocou o seu cavalo “Rápido” (a que atribui o valor de 6000€) pelo cavalo “Fiel” de Bernardo (que vale 9000€) e que este provocou, com negligência, a morte do “Fiel”, terá Antônio, para obter a indenização, pela não entrega do “Fiel”, que entregar o “Rápido”? Adotando as concepções que, desde a entrada em vigor do

²³ Refere-se, evidentemente, ao objeto mediato da relação obrigacional, relativo “ao bem sobre o qual recaem os poderes dos agentes do negócio jurídico”. O objeto imediato, a seu turno, “consiste no efeito jurídico esperado, que traduz o comportamento esperado pelos agentes” (TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1. p. 219).

²⁴ O nexo de sinalgmaticidade está presente nos contratos bilaterais. Na definição de Karl Larenz, contratos bilaterais são, em sentido amplo, *contratos de intercâmbio*: as partes trocam prestações dotadas, para cada uma delas, de igual valor, de modo que cada uma recebe por sua prestação o valor correspondente da contraprestação. O princípio fundamental dos contratos bilaterais, afirma o autor, é o *do ut des*, segundo o qual cada contratante se obriga à sua prestação, unicamente, em razão de o outro se obrigar à contraprestação. A bilateralidade do contrato não decorre, portanto, da mera presença de obrigações atribuídas a ambas as partes; imprescindível é a existência de relação de interdependência entre as prestações, de sorte que uma obrigação seja a razão jurídica da outra. As duas prestações estão entre si em conexão causal: cada um dos contratantes se obriga a prestar apenas para obter a prestação da contraparte (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. 266-267).

²⁵ Como observa Matteo Ambrosoli, a execução pelo equivalente “avrebbe la funzione di attuare (per equivalente) lo stato del mondo che si sarebbe prodotto in caso di esecuzione di una condanna all’adempimento” (AMBROSOLI, Mateo. *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 135).

²⁶ “Face ao que acaba de dizer-se, compreende-se bem a modificação que por vezes sofre a relação obrigacional enquanto subsiste, nomeadamente a modificação objetiva operada pela conversão do dever de prestar em dever de indenizar. Mas ainda aqui o objetivo é satisfazer, da melhor forma possível, o interesse do credor” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Livraria dos Advogados Editora, 1987. p. 70-71).

²⁷ Afirma Antunes Varela, ao tratar do débito e da responsabilidade: “Não é a diversidade de *objeto* entre o *direito* inicial à *prestação* e a *ação creditória*, mesmo quando esta tenha por fim a indenização por equivalente, que constitui obstáculo lógico intransponível à integração dos dois poderes na mesma *relação obrigacional*” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 157, grifos no original). Veja-se, ainda, SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Livraria dos Advogados Editora, 1987. p. 71.

BGB, têm sido teorizadas pela dogmática alemã, é possível começar por defender a manutenção do vínculo sinalagmático e afirmar que o credor continua a dever a sua contraprestação a partir do momento em que exija ao devedor a indemnização substitutiva correspondente à *prestação* impossibilitada. Esta chamada “*teoria da sub-rogação*” (“*Austauschtheorie*”), cuja aplicação não reveste tanto interesse nas contraprestações monetárias (se o “Fiel” tivesse sido comprado por 9000€ para ser revendido por 12000€ era economicamente indiferente para António entregar o preço e receber 12000€ ou não o entregar e receber, como diferença, a quantia de 3000€), procura ainda o “cumprimento do contrato”, não o vendo numa fase de liquidação ou de inexorável rutura sinalagmática.²⁸

Com efeito, no exemplo oferecido por José Carlos Brandão Proença, há modificação objetiva qualitativa da relação jurídica, que decorre da sub-rogação real.²⁹ Sublinhe-se, inclusive, que o fato de a obrigação de dar o cavalo “Fiel” ter sido substituída pela obrigação de dar a quantia em dinheiro equivalente ao seu valor não importa em requalificação do contrato, vale dizer, não há uma transmutação da permuta em compra e venda. A quantia em dinheiro a ser entregue por Bernardo não corresponde, por conseguinte, ao preço do cavalo “Rápido”, mas ao valor, repita-se, do cavalo “Fiel”.

Tome-se, ainda, como exemplo do que se afirma, a seguinte situação: o dono de grande terreno avaliado em 100 moedas celebra contrato de compra e venda com confissão de dívida pelo qual vende o imóvel para incorporador, que confessa dever ao alienante 100 moedas. Após o registro do memorial de incorporação com a identificação das unidades autônomas, a escritura de compra e venda com confissão de dívida é substituída por escritura pela qual se ajusta que o incorporador entregará ao credor, em lugar das 100 moedas, as futuras unidades autônomas 1 a 10 do empreendimento imobiliário a ser construído no terreno em 36 meses. Na hipótese de as obras sequer se iniciarem ao final do prazo ajustado, resta configurado o inadimplemento absoluto, e o credor poderá optar entre a resolução e a execução pelo equivalente.³⁰ No primeiro caso, ser-lhe-á restituído o terreno;

²⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. 2. ed. rev. e atual. Porto: Universidade Católica Editora, 2017. p. 345-355. Grifos no original.

²⁹ Sobre a sub-rogação real, confira-se DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 206.

³⁰ A rigor, o inadimplemento resta configurado mesmo antes dos 36 meses, cuidando-se de hipótese de inadimplemento anterior ao termo, podendo o credor se valer daqueles remédios antes do advento do termo ajustado. Confira-se, ao propósito, TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

no segundo, haverá sub-rogação real e, como contrapartida ao terreno transferido, o credor receberá o valor pecuniário das 10 unidades autônomas referidas. Destaque-se, por oportuno, que a execução pelo equivalente não “represtina” a obrigação de pagar as 100 moedas: a quantia a ser paga pelo incorporador corresponde ao valor atual das 10 unidades autônomas, e não às 100 moedas objeto da confissão de dívida.³¹

O fenômeno da sub-rogação objetiva e consequente modificação da relação jurídica não é exclusivo do direito das obrigações. O Código Civil contempla diversas hipóteses de sub-rogação real no âmbito de relação jurídica real, em que a coisa objeto do direito real é substituída pelo seu valor pecuniário, modificando-se (e não se extinguindo) a relação original. É o que se verifica, por exemplo, no art. 1.407, §2º, segundo o qual, “em qualquer hipótese, o direito do usufrutuário fica sub-rogado no valor da indenização do seguro”; no art. 1.409, pelo que “também fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele for desapropriado, ou a importância do dano, ressarcido pelo terceiro responsável no caso de danificação ou perda”; e no art. 1.425, §1º, que estabelece que, “nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se sub-rogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso”.

Em todas as situações descritas, a modificação da relação, seja obrigacional ou real, não decorre de acordo entre as partes, mas da opção do credor por executar pelo equivalente (na relação obrigacional) ou da incidência direta da lei (na relação real), diante da perturbação da relação original. Isso, todavia, não importa para os fins deste estudo. O que releva destacar, uma vez mais, é que a relação original não se extingue com a substituição do objeto pelo seu equivalente, apenas se modifica, fenômeno que conduz à produção de importantes efeitos, como se passa a examinar.

3 Efeitos da preservação da relação obrigacional

O fato de restar configurado o inadimplemento absoluto não conduz, necessariamente, à correspondente perda do interesse do credor na relação obrigacional. Diversas são as razões que podem levar o credor a preferir a manutenção da relação obrigacional à resolução, ainda que com seu objeto modificado. E isso decorre, sobretudo, dos efeitos que a preservação do vínculo jurídico lhe proporciona.

³¹ A ponderação é relevante pois os montantes podem ser diferentes, como se analisará no item 4, *infra*.

A execução pelo equivalente se mostra particularmente útil diante de contra-prestações não pecuniárias (como já evidenciado na lição de José Carlos Brandão Proença, acima transcrita), quando o credor deseja executar a prestação que lhe incumbe, a despeito do inadimplemento absoluto do devedor, ou quando já a executou e não quer recebê-la de volta.

Nessa direção, se está configurado o inadimplemento absoluto e o credor ainda não adimpliu sua prestação, caso deseje fazê-lo, o único caminho que lhe resta é exigir o cumprimento pelo equivalente. Isso porque, se optar pela resolução da relação obrigacional, o efeito liberatório desobrigará as partes das prestações que lhes incumbem, o que impede o credor de executar sua prestação. De outro lado, não se poderia admitir que, após o inadimplemento absoluto do devedor, o credor executasse sua prestação para, em seguida, resolver a relação obrigacional. Neste caso, parece possível vislumbrar renúncia tácita ao direito de resolver, assentada na adoção, pelo credor, de comportamento incompatível com o exercício do direito potestativo resolutivo. Ora, ao executar a prestação após a configuração do inadimplemento absoluto, o credor demonstra inegável interesse na manutenção do vínculo obrigacional, o que se afigura inconciliável com eventual resolução da relação: ou o credor resolve a relação obrigacional e conserva consigo a prestação que deveria executar, ou mantém a relação obrigacional, executa sua prestação e persegue o equivalente pecuniário da prestação que lhe era devida.

Em definitivo, a opção pela execução pelo equivalente não confere ao credor a faculdade de cumprir ou não cumprir a prestação que lhe incumbe. Considerando-se preservada a relação obrigacional – posto modificada –, inquestionável a presença de nexo de sinalagmaticidade entre o equivalente e a prestação a ele atribuída, razão pela qual para receber o equivalente deverá executar *in natura* o que se lhe impõe. E isso em nada agrava sua posição jurídica: por se tratar, justamente, de relação sinalagmática, poderá o credor se valer da exceção de contrato não cumprido, recusando-se a cumprir sua prestação antes de receber o equivalente.³²

Há, todavia, uma hipótese em que o credor poderá não executar sua prestação: caso ela consista em pagar quantia em dinheiro. Nesse caso, evidentemente, poderá haver compensação entre o valor devido pelo credor e o equivalente da prestação a cargo do devedor, transferindo-se ao credor apenas o valor a maior a que faz jus. Se, no entanto, o credor já houver pago o que lhe incumbia, restará ao

³² Sobre exceção de contrato não cumprido, confira-se LOPES, Miguel Maria Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

devedor entregar, efetivamente, o valor total equivalente à prestação inadimplida. Note-se, no entanto, que, se a prestação do credor envolver a entrega de coisa ou obrigação de fazer, não é possível convertê-la em dinheiro e proceder à compensação, sendo inafastável o dever de entregar à contraparte exatamente o que lhe é devido, *in natura*, tendo em vista o princípio da identidade da prestação, sem prejuízo, como já se destacou, da alegação de exceção de contrato não cumprido. Portanto, se o credor não quiser prestar, não poderá se valer da execução pelo equivalente, restando-lhe apenas a via resolutiva.

De outro lado, se o credor já executou sua prestação e não quer recebê-la de volta, deverá também optar pela execução pelo equivalente, uma vez que, se optar pela resolução, o efeito restitutivo o obrigará, de um lado, a devolver ao devedor o que já houver recebido e, de outro, a receber o que já houver prestado.³³ A rigor, neste caso, não desejando receber de volta o que já prestara *antes de configurado o inadimplemento absoluto* – porque lhe incumbia adimplir em primeiro lugar –, o credor até pode se valer da resolução e exigir não a restituição *in natura*, como é a regra, mas sim a *restituição* do equivalente. O recebimento do equivalente neste caso exsurge, pois, como alternativa quando, desejando resolver a relação obrigacional depois de já ter prestado (porque, repita-se, o contrato lhe impunha adimplir em primeiro lugar), a recuperação da prestação *in natura* não atender aos interesses do credor – o que deve ser aferido subjetivamente, isto é, tendo em vista as circunstâncias concretas do credor, e objetivamente, à luz da boa-fé objetiva. No entanto, o que ele, credor, receberá a título de equivalente é diferente do que receberia na *execução* pelo equivalente: na resolução, restitui-se o valor pecuniário equivalente à *prestação que o credor executou em favor do devedor*; na execução pelo equivalente, paga-se o valor pecuniário equivalente à *prestação que o devedor deveria ter executado em favor do credor*. Os montantes são, evidentemente, diversos.

Qualquer que seja a opção do credor diante do inadimplemento absoluto, sempre lhe será conferida a possibilidade de pleitear indenização pelas perdas e danos, desde que efetivamente provados. No entanto, o dano a ser ressarcido também difere consoante a opção pela resolução ou pela execução pelo equivalente: optando-se pela resolução, indeniza-se com base no interesse negativo; optando-se pela execução pelo equivalente, indeniza-se com base no interesse positivo, como se examinará com mais profundidade no item 5, *infra*.

Ademais, tendo em vista a já mencionada identidade normativa entre direito de crédito e direito ao equivalente, com a consequente manutenção da relação

³³ Sobre o efeito restitutivo da resolução, confira-se TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Ciáusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 183 *et seq.*

obrigacional, preservam-se todas as disposições contratuais. Mantêm-se, assim, as garantias do crédito prestadas pelo devedor ou mesmo por terceiros. Nesse cenário, a execução pelo equivalente pode oferecer maior segurança para o credor em comparação à resolução, tendo em vista a controvérsia ainda existente no que tange à manutenção ou não das garantias diante do remédio resolutivo.³⁴

4 O valor equivalente da prestação

A execução pelo equivalente conduz, como já se apontou, à sub-rogação objetiva, consistente na substituição do objeto devido pelo devedor pelo seu valor pecuniário. O montante a ser entregue ao credor deve ser exatamente o valor do bem no momento em que a prestação deveria ter sido executada, correspondente, portanto, ao valor pelo qual o bem teria sido incorporado ao patrimônio do credor caso tivesse havido adimplemento, não já o valor que o bem ostentava no momento da celebração do contrato. Isso porque, cuidando-se de execução coercitiva do contrato, deve-se proporcionar ao credor o benefício econômico que ele teria auferido se o contrato tivesse sido adimplido pontual e integralmente.

Nessa direção, caso o bem tenha se desvalorizado entre o momento da celebração do contrato e o momento em que o devedor deveria ter adimplido a prestação, o equivalente deverá considerar a desvalorização, já que seria por esse valor a menor que o bem passaria a integrar o patrimônio do credor. De outro lado, caso o bem tenha se valorizado, o equivalente também deverá refletir essa valorização (aliás, para o credor cuja obrigação é pagar quantia em dinheiro, essa é – ao lado da indenização pelo interesse positivo – uma das principais vantagens de optar pela execução pelo equivalente em vez de escolher a resolução). O critério adotado permite que o credor, recebendo o equivalente, possa buscar no mercado prestação análoga àquela que lhe deveria ter sido entregue, a fim de lhe proporcionar as mesmas vantagens que o bem original lhe proporcionaria.

³⁴ A favor da manutenção das garantias mesmo diante da resolução, confira-se: “Significa, em suma, que a extensão da obrigação assumida se mantém qualquer que seja a opção do credor: seja pela execução pelo equivalente, seja pela resolução. Isso porque a resolução não extingue simplesmente a relação obrigacional, mas a substitui pela relação de liquidação, no âmbito da qual o credor deverá, em vez de receber a prestação, receber tudo o que houver prestado. Com efeito, se durante a relação obrigacional as garantias encerram acessório do crédito decorrente da prestação, e quiçá também do valor devido a título de perdas e danos – se houver previsão expressa no título constitutivo da garantia a este respeito –, com a resolução as garantias se transmudam em acessório do crédito decorrente da restituição e também da indenização, de modo a assegurar ao credor o recebimento de todas as verbas devidas, conferindo-lhe a segurança necessária durante a fase patológica da relação contratual” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. A operatividade da cláusula resolutiva expressa. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 637).

Se no mercado não há bem exatamente igual ao objeto da prestação inadimplida, a responsabilidade civil se encarregará de compensar o credor por essa restrição. O credor fará jus ao valor equivalente ao objeto da prestação no momento em que deveria ter sido adimplida, e será indenizado pelas perdas e danos suportados por não poder adquirir objeto similar. Apenas o pagamento conjunto do equivalente e das perdas e danos é capaz de colocar o credor, economicamente, na posição em que estaria se o contrato tivesse sido adimplido.

5 Execução pelo equivalente e responsabilidade civil: separando o joio do trigo. Repercussões da distinção em relação às cláusulas penal compensatória, de não indenizar e limitativa de responsabilidade

A execução pelo equivalente confere ao credor o valor pecuniário correspondente ao objeto da relação obrigacional. E esse valor não se confunde, como já se destacou, com eventual montante indenizatório ao qual o credor também faça jus. Dito de outro modo, a execução pelo equivalente produz o efeito sub-rogatório do objeto pelo seu valor pecuniário e, a seu lado, a responsabilidade civil promove o ressarcimento das eventuais perdas e danos. A distinção de ambos os efeitos assume importância prática indiscutível.

Pense-se na cláusula penal compensatória, cujo valor não pode exceder o da obrigação principal, nos termos do art. 412 do Código Civil.³⁵ Tomando de empréstimo, mais uma vez, o exemplo oferecido por José Carlos Brandão Proença, imagine-se que no contrato celebrado entre Antônio e Bernardo houvesse cláusula penal compensatória no valor de 9000€ para o caso de inadimplemento absoluto de Bernardo. Caso Antônio já houvesse procedido à tradição de seu cavalo “Rápido” (9000€), se se entendesse que o valor de “Fiel” (6000€) compunha o dano sofrido, ele estaria englobado pela cláusula penal, razão pela qual se o credor optasse pela execução pelo equivalente só faria jus aos 9000€ prefixados.

³⁵ O dispositivo é alvo de duras críticas pela doutrina: “O novo Código mantém um princípio que no regime de 1916 já não tinha justificativa. E, na sistemática atual, menos cabimento traz. A manutenção é fruto da pura força da inércia. Uma vez que estava, ficou. Somente se as partes são interessadas em reforçar o cumprimento da obrigação com uma pena convencional. E, do mesmo modo que são livres de inseri-la ou não, no texto ou em apartado, devem ter o arbítrio de graduá-las nos limites de suas conveniências, estimando-a em cifra mais ou menos elevada” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2. p. 153).

De outro lado, se optasse pela resolução, além da multa compensatória, recebia de volta o cavalo “Rápido”.³⁶

Já no exemplo da compra e venda de terreno com confissão de dívida, se houvesse cláusula penal compensatória no valor de 100 moedas e se entendesse que o valor das unidades não entregues encerraria perdas e danos, o credor receberia, em caso de execução pelo equivalente, apenas as 100 moedas referidas na cláusula penal, não recuperando o terreno e tampouco o valor das unidades autônomas. Escolhendo, contudo, a resolução, poderia receber tanto as 100 moedas previstas na cláusula penal quanto a restituição do terreno.

Vê-se, portanto, que a primeira solução (multa compensatória sem recebimento do equivalente, mesmo já tendo prestado) não merece prosperar, visto que encerraria flagrante prejuízo a Antônio e ao credor das unidades autônomas e lhes conferiria tutela menos efetiva se comparada com o remédio resolutório (restituição da prestação e multa compensatória). Com efeito, a autonomia e a diversidade entre os instrumentos coativos de tutela de que pode dispor o credor, por força da responsabilidade que se segue ao inadimplemento do débito, impõem o reconhecimento da possibilidade de cumulação da execução pelo equivalente com a responsabilidade civil, cuja indenização está prefixada na cláusula penal.

Nessa linha, há de se reconhecer que, optando o credor pela execução pelo equivalente, as perdas e danos decorrentes do inadimplemento absoluto prefixados na cláusula penal não abrangem o valor da prestação inadimplida, assim como não abrangem a prestação por ele executada no caso de resolução. Configurado o inadimplemento absoluto, o credor fará jus ao equivalente da prestação devida ou à restituição do que prestou (conforme opte pela execução pelo equivalente ou pela resolução), e mais a multa compensatória. E não se diga que o credor estará recebendo em duplicidade: trata-se, o equivalente e a multa compensatória, de verbas inconfundíveis, devidas ao credor a títulos diversos, pelo que merecem tratamento autônomo, de acordo com a disciplina jurídica que lhes é própria.

A possibilidade de cumulação da cláusula penal compensatória com o equivalente da prestação não é obstada pela dicção do art. 410, segundo o qual, “quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da

³⁶ A rigor, em razão de a forma de cálculo da indenização em caso de resolução e em caso de execução pelo equivalente ser diversa – com base no interesse negativo e com base no interesse positivo, respectivamente –, as partes deveriam estabelecer cláusulas penais compensatórias diversas, uma prefixando a indenização pelo interesse negativo, e outra pelo interesse positivo, o que raramente acontece. Quando as partes estabelecem uma única cláusula penal compensatória, ela deve ser utilizada tanto em caso de execução pelo equivalente quanto de resolução, a não ser que seja possível identificar, pela interpretação do contrato, que ela se dirige a apenas uma dessas hipóteses.

obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. Segundo se afirma, a alternativa que se coloca ao credor é entre o cumprimento *in natura* da prestação e a multa compensatória, de modo que, ou o credor exige a execução específica, ou exige apenas a cláusula penal compensatória, não podendo cumular os dois pedidos.³⁷ De fato, esse pareceu o escopo do legislador.

Todavia, o dispositivo perde sentido quando se atenta para o fato de que, cuidando-se de cumprimento *in natura*, sequer se está diante de suporte fático da cláusula penal compensatória, já que de inadimplemento absoluto não se trata, mas de mora, afigurando-se cabível apenas a atuação da cláusula penal moratória. Se, como já se observou, a qualificação do descumprimento como inadimplemento relativo ou absoluto não encerra escolha arbitrária do credor, e se cumprimento *in natura* e multa compensatória são remédios específicos de cada uma daquelas modalidades de inadimplemento, não há que se falar, propriamente, em “alternativa” para o credor, como estabelecido no art. 410. Mais uma vez, é a qualificação do descumprimento que indicará se o credor poderá se valer da execução específica ou da cláusula penal compensatória (combinada com resolução ou execução pelo equivalente).

Com efeito, se há mora, incide a cláusula penal moratória; convertendo-se a mora em inadimplemento absoluto,³⁸ passa a incidir a cláusula penal compensatória, independentemente de o credor optar pela execução pelo equivalente ou pela resolução – sem prejuízo de cumular-se com a cláusula penal moratória incidente até aquele momento da transformação da mora em inadimplemento.³⁹

³⁷ De acordo com Serpa Lopes, “o credor, porém, não é obrigado a pedir a cláusula penal. Pode optar pela execução *in natura* da prestação, salvo nos seguintes casos: a) se a execução específica se tornar impossível; b) se a cláusula penal for simplesmente moratória, caso em que o credor tem o direito, não de escolher entre execução e pena, mas de cumular as duas coisas; c) nos casos especiais em que a cláusula penal represente o objeto principal do contrato, e não uma cláusula acessória [...], o que sucede nas estipulações feitas em benefício de terceiro, e geralmente naquelas obrigações, nas quais o credor não tem interesse pecuniário direto, mas o busca estipulando a penal” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957. v. 2. p. 207).

³⁸ Sobre o caráter transformista da mora, confira-se ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123.

³⁹ “Enquanto o credor entrevê na relação obrigacional um resultado útil, realizando gestões, em regra, para satisfação do seu crédito, mostram-se exigíveis as prestações vencidas e cumuladas com a cláusula penal moratória. Uma vez deflagrado o inadimplemento absoluto, quando o credor, frustrado em sua expectativa de adimplemento, vale-se da alternativa oferecida pelo art. 411 do Código Civil, e pretende a multa compensatória, não é mais possível, a partir da data da rescisão, a acumulação entre as multas moratória e compensatória. Cabe-lhe as prestações vencidas, com a multa moratória respectiva, até a data da rescisão contratual, e a pré-liquidação das perdas e danos, consistente na cláusula penal compensatória” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 53).

A distinção revela, ainda, sua importância prática indiscutível quando se analisam as cláusulas de não indenizar⁴⁰ e limitativas de responsabilidade.⁴¹ As primeiras eximem o devedor de pagar indenização pelo inadimplemento, mas não o autorizam, por óbvio, a inadimplir a prestação; diante do inadimplemento, não poderá o credor se valer da responsabilidade civil para perseguir o ressarcimento das perdas e danos, mas poderá, de outro lado, perseguir a execução específica.⁴² Não sendo possível a execução *in natura*, se se entender que a execução pelo equivalente é, na verdade, instrumento voltado à quantificação da indenização por perdas e danos, restaria ao credor apenas resolver a relação obrigacional, obtendo a restituição do que já houvesse prestado. Não lhe seria facultado, com efeito, escolher entre a execução pelo equivalente e a resolução, já que o pagamento do equivalente, repita-se, sendo concebido como um dos componentes da indenização franqueada pela responsabilidade civil, estaria obstado pela cláusula de não indenizar. Esse, todavia, não parece o melhor entendimento.

Compreendendo-se a execução pelo equivalente como a sub-rogação da prestação devida pelo seu valor atual, a encerrar instrumento de tutela ao lado da responsabilidade civil, torna-se possível conferir ao credor a possibilidade de, preferindo manter a relação obrigacional mesmo diante do inadimplemento absoluto, cumprir sua prestação e executar a que lhe era devida pelo equivalente, sem afrontar, assim, a cláusula de não indenizar.

⁴⁰ “Temos compreendido a cláusula de exclusão de responsabilidade ou cláusula de não indenizar como *cláusula destinada a excluir antecipadamente a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação*” (MONTEIRO, Antônio Pinto. Fixação contratual dos direitos do credor. Um olhar luso-brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPELINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 24. Grifos no original).

⁴¹ De acordo com Pinto Monteiro, cláusula limitativa de responsabilidade é “*aquela que é destinada a restringir ou a limitar antecipadamente, de modo vário, a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação*”. Essa limitação pode dizer respeito, designadamente, aos *fundamentos* ou *pressupostos* da responsabilidade ou aos seus efeitos ou *consequências*. No primeiro caso, assume especial relevo a cláusula respeitante ao *grau de culpa*; no segundo caso, o destaque vai para a cláusula limitativa do *montante da indemnização*. Através desta última, que constitui a modalidade mais generalizada de cláusulas limitativas da responsabilidade, acordam antecipadamente as partes que o devedor só responderá *até* uma determinada quantia, que funciona assim como *limite máximo* da indemnização.¹⁰ Esse *plafond* estabelecido pela cláusula limitativa da indemnização significa que o devedor só responde *até* ao limite consagrado, ficando por reparar o dano na parte excedente. Se a indemnização, avaliada nos termos legais, for porém inferior ao *plafond* acordado, a cláusula limitativa será então indiferente, devendo o lesante a totalidade da indemnização” (MONTEIRO, Antônio Pinto. Fixação contratual dos direitos do credor. Um olhar luso-brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPELINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 26. Grifos no original).

⁴² MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 191.

O mesmo raciocínio se aplica, evidentemente, para as cláusulas limitativas de responsabilidade: reconhecendo-se a autonomia do equivalente em relação às perdas e danos, eventual opção do credor pela execução pelo equivalente não o impedirá de perseguir o pagamento do valor da prestação a despeito da cláusula limitativa. Afigura-se possível, portanto, que o credor some ao eventual montante máximo de indenização previsto na referida cláusula o valor equivalente da prestação devida.

Ao propósito, cumpre sublinhar que, no que tange à prescrição, a pretensão ao recebimento do equivalente e das perdas e danos está sujeita ao mesmo prazo prescricional de 10 anos, como pacificou o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o EREsp nº 1.280.825. De acordo com a relatora, Ministra Nancy Andrighi, diante do inadimplemento, pode o credor pleitear execução específica, caso se trate de mora, ou, se se tratar de inadimplemento absoluto, execução pelo equivalente ou resolução, a corroborar a distinção entre os instrumentos de tutela ora invocada. E prossegue em seu voto:

Há, desse modo, três pretensões potenciais por parte do credor, quando se verifica o inadimplemento contratual, todas interligadas pelos mesmos contornos fáticos e pelos mesmos fundamentos jurídicos, sem qualquer distinção evidente no texto normativo. Tal situação exige do intérprete a aplicação das mesmas regras para as três pretensões. [...] Considerando a logicidade e a integridade da legislação civil, por questão de coerência, é necessário que o credor esteja sujeito ao mesmo prazo para exercer as três pretensões que a lei põe à sua disposição como possíveis reações ao inadimplemento.⁴³

A indenização devida pelas perdas e danos em caso de execução pelo equivalente deve se basear no chamado “interesse positivo”. Ensina Paulo Mota Pinto que o “interesse” a que se refere aquela expressão “é a situação hipotética em que estaria o lesado sem o evento lesivo”.⁴⁴ O interesse positivo corresponde, então, à situação em que o credor estaria caso o devedor tivesse cumprido perfeitamente sua obrigação. Trata-se, pois, do interesse no cumprimento, consubstanciado no dano surgido em razão do não cumprimento da obrigação,⁴⁵ na “vantagem proveniente do contrato, na mais valia que aproveita o contratante”.⁴⁶ O credor que

⁴³ STJ, 2ª Seção. EREsp nº 1.280.825. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.6.2018.

⁴⁴ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 2. p. 886.

⁴⁵ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 2. p. 871.

⁴⁶ ASSIS, Araken de. Dano positivo e negativo na dissolução do contrato. *Revista do Advogado*, n. 44, out. 1994. p. 21.

reclama indenização pelo interesse positivo demanda a execução do contrato, conquanto o faça pelo equivalente, caso a execução da prestação tenha se tornado impossível ou se lhe afigure inútil.

Retomando-se o exemplo trazido por José Carlos Brandão Proença, imagine-se que o cavalo “Fiel”, que valia 9000€ no momento da celebração do contrato, tivesse passado a valer 10000€ no momento em que deveria ter sido feita a tradição. Como já se esclareceu no item anterior, o equivalente devido a Antônio seria 10000€, já que é o valor pelo qual o bem seria incorporado ao seu patrimônio. Imagine-se, agora, que Bernardo não tenha feito o pagamento do valor espontaneamente, que Antônio tenha ajuizado ação de execução, e que anos depois, no momento em que o credor finalmente receberia a quantia devida, o cavalo já valesse 12000€. Nesse caso, ele receberia os 10000€ a título de equivalente e os 2000€ a título de indenização por perdas e danos, cujo pagamento é indispensável para que Antônio possa ser efetivamente colocado, neste momento, na situação econômico-jurídica em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido espontânea e pontualmente. De outro lado, se nesse interregno o cavalo tivesse se desvalorizado, nenhuma repercussão teria sobre o valor a ser pago ao credor, que receberia os mesmos 10000€ que o animal valia quando deveria ter sido feita a tradição, uma vez que os riscos da desvalorização do bem correm por conta do devedor.

O mesmo se passa no exemplo da compra e venda com confissão de dívida: caso no momento em que as unidades 1 a 10 devessem ser entregues seu valor já estivesse estimado em 12 moedas cada uma em razão de melhorias feitas na região pela Prefeitura, o incorporador deverá entregar 120 moedas como equivalente pecuniário. Na hipótese de o credor só vir a receber o valor anos depois, no âmbito de ação de execução, quando cada imóvel já estiver valendo 13 moedas, as 10 moedas totais excedentes deverão ser pagas como indenização por perdas e danos. Se, ao contrário, os imóveis tivessem se desvalorizado após a data ajustada para o pagamento, passando a valer 8 moedas cada um, arcaria o devedor com esse prejuízo, entregando ao credor as 120 moedas.

Ao interesse positivo se contrapõe o interesse negativo, correspondente ao dano sofrido com a celebração do contrato. O lesado deve, nesses termos, ser colocado na situação em que estaria caso o contrato não tivesse sido celebrado, sendo-lhe ressarcidas as despesas realizadas para a conclusão do negócio e tornadas inúteis, bem como os lucros que perdeu por ter desviado seus recursos e sua atividade de outras aplicações, de outros contratos, para celebrar o contrato inadimplido.⁴⁷ O interesse negativo engloba, com efeito, o prejuízo que o lesado

⁴⁷ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 2. p. 876-877.

evitaria se não tivesse confiado que a manifestação de vontade do ofensor produziria o efeito que dela se esperava: o adimplemento da obrigação. A indenização devida por ocasião da resolução se restringe, de regra,⁴⁸ ao interesse negativo.⁴⁹

Essa diferença entre os montantes indenizatórios devidos em caso de execução pelo equivalente e em caso de resolução decorre, na realidade, da própria diversidade de escopo dos dois instrumentos de tutela: enquanto na resolução o credor pretende se exonerar da obrigação a que se comprometeu e reposicionar seu patrimônio no estado em que se encontraria se não tivesse celebrado o contrato, na execução pelo equivalente o credor busca se colocar na situação de vantagem em que estaria se tivesse havido o adimplemento. E a indenização devida em ambos os casos segue a mesma lógica, como se extrai do exemplo formulado por Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria:

Suponhamos que *A*, proprietário de um cavalo, que vale 600, o troca pelo automóvel de *B*, que vale 500. *A* venderia o automóvel a *C* por 800 e, se não tivesse celebrado o contrato, teria tido a oportunidade de vender o cavalo a *D* por 700. Entretanto, antes da entrega do carro, *B* tem um acidente e o carro fica totalmente destruído. *B* teve culpa no acidente. Atente-se agora na diferença de resultados práticos, consoante se trilha uma ou outra via. Se o credor optasse pelo direito à indenização, receberia 800, mas entregaria o cavalo, de valor igual a 600. Se ele optasse pela resolução, não faria eventualmente a entrega do cavalo (assim, se ainda não tivesse realizado a contraprestação) e receberia 100 (o lucro que deixou de obter pela vinculação ao contrato resolvido).⁵⁰

⁴⁸ Não se afasta, contudo, eventualmente, diante das peculiaridades do caso concreto, a indenização pelo interesse positivo, na esteira do que sustenta, no direito português, Brandão Proença, que, conquanto entenda cabível, de regra, a indenização pelo interesse negativo, ressalva a não definitividade de sua posição, “até porque certo casuísmo poderá infirmar estas conclusões (não será justo privar o credor dos danos positivos, quando se viu comprometida uma revenda, uma troca já acordada ou uma prestação de serviços?) e, sobretudo, pensamos que a jurisprudência poderá flexibilizar o critério defendido, quando assim for exigido pelos interesses em presença” (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 196).

⁴⁹ Embora o tema seja controverso, no Brasil, a doutrina se inclina por admitir a indenização pelo interesse negativo: MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 564; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 139-140; MIRANDA, A. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25. p. 244-355. Em sentido contrário, a favor, portanto, de a indenização se pautar pelo interesse positivo na resolução, confira-se: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. t. 2. p. 704.

⁵⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2. p. 428-429.

Resta, assim, evidente, na hipótese de o credor optar pela execução pelo equivalente, a necessidade de promover a indenização pelos danos provocados pelo inadimplemento absoluto com base no interesse positivo, cumulando-se os valores devidos a título de equivalente e a título de perdas e danos a fim de que o credor seja efetivamente reconduzido à posição em que estaria se o contrato tivesse sido adimplido pelo devedor nos termos pactuados.

Conclusão

Como se demonstrou ao longo deste estudo, configurado o inadimplemento absoluto, confere-se ao credor o direito de escolher entre demandar o cumprimento do contrato pelo equivalente ou resolver o vínculo obrigacional, nos termos do art. 475 do Código Civil, sem prejuízo, em ambos os casos, do direito de pleitear indenização pelas perdas e danos eventualmente experimentados.

Com efeito, optando pela execução pelo equivalente, substitui-se o objeto da relação obrigacional pelo seu valor no momento em que a prestação deveria ter sido executada. Isso importa em mera modificação – e não extinção – da relação obrigacional, razão pela qual a prestação imputada ao credor conserva nexos de sinalagmaticidade com o equivalente e, por isso, o credor deve executá-la *in natura* para que possa requerer o pagamento do equivalente, podendo se valer, neste caso, da exceção de contrato não cumprido a fim de se proteger de eventual recusa do devedor em realizar o pagamento.

Ademais, o reconhecimento de que a relação obrigacional é preservada permite reconhecer a manutenção de todas as disposições contratuais, inclusive as garantias do crédito, mesmo aquelas oferecidas por terceiros, que poderão ser executadas pelo credor para a satisfação do equivalente.

Demonstrou-se, ainda, que a execução pelo equivalente e a responsabilidade civil encerram instrumentos de tutela diversos, com funções diferentes, embora complementares. Significa dizer que o equivalente não corresponde à verba indenizatória, abarcada pela responsabilidade civil. Isso conduz, necessariamente, à conclusão de que o valor equivalente não se encontra abrangido por eventuais cláusulas penal compensatória e limitativa de responsabilidade, tampouco seu pagamento será obstado pela presença de cláusula excludente do dever de indenizar.

Por fim, a execução pelo equivalente permite ao credor pleitear indenização pelos danos sofridos com base no interesse positivo, tendo em vista que almeja ser colocado na posição em que estaria se o contrato houvesse sido cumprido consoante ajustado.

Por todo o exposto, embora seja possível concluir que a execução pelo equivalente revela grande proveito para aquele credor que deseja cumprir a obrigação de dar coisa certa ou de fazer que lhe é imposta, ou então que não deseja recebê-la de volta quando já a tenha adimplido, fato é que, mesmo quando ao credor incumbe obrigação de pagar quantia certa, a execução pelo equivalente pode lhe ser mais útil do que a resolução.

Isso porque, além de serem mantidas todas as demais obrigações e cláusulas contratuais ajustadas (como as garantias do crédito), a execução pelo equivalente permite ao credor receber do devedor o valor equivalente à prestação apurado *no momento em que ela deveria ter sido cumprida*, sem prejuízo da indenização com base no interesse positivo. Isso significa que, se o objeto da prestação se valorizou até a data ajustada para o adimplemento, o credor receberá esse valor a maior, ao contrário do que se passaria se optasse pela resolução, em que só receberia a restituição do preço que já houvera pago, além de ser indenizado com base no interesse negativo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

Recebido em: 27.10.2018

1º parecer em: 27.10.2018

2º parecer em: 28.10.2018