

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

SAULO ESTEVES DOHLER

**A EFETIVIDADE DE CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO
MECANISMO DE AUTOTUTELA CONTRATUAL:
uma alternativa à judicialização da resolução do contrato**

**Juiz de Fora
2016**

SAULO ESTEVES DOHLER

**A EFETIVIDADE DE CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO
MECANISMO DE AUTOTUTELA CONTRATUAL:
uma alternativa à judicialização da resolução do contrato**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2016

SAULO ESTEVES DOHLER

**A EFETIVIDADE DE CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO
MECANISMO DE AUTOTUTELA CONTRATUAL:
uma alternativa à judicialização da resolução do contrato**

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Tonia Aparecida Tostes do Prado
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Karol Araújo Durço
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER: () APROVADO () REPROVADO

Juiz de Fora, 30 de novembro de 2016.

Aos meus pais, Socorrinha e Sérgio, que não mediram esforços para que eu realizasse meu sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas bênçãos concedidas e por me iluminar durante todo o Curso de Direito. Aos meus pais, Socorrinha e Sérgio, meu alicerce, pela sabedoria e pelos ensinamentos a mim transmitidos durante toda a vida. Aos meus irmãos, Lucas e Rafael, pela força e pelo companheirismo durante todo este caminho. Aos amigos e colegas que fiz durante estes cinco anos de curso, pelos inesquecíveis momentos e alegrias compartilhadas. À Prof.^a Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles pela orientação e pela oportunidade concedida, ainda quando monitor, de me aprofundar na área do Direito Civil. Aos mestres da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, pelas lições ensinadas durante todo o Curso de Direito. Agradeço ainda aos familiares e amigos que, mesmo de longe, enviaram mensagens de apoio durante este desafio.

“O começo de todas as ciências é o espanto de as coisas serem o que são.” (*Aristóteles*)

RESUMO

A cláusula resolutiva expressa proporciona a um dos contratantes o direito de resolver o contrato extrajudicialmente em face do inadimplemento pela outra parte, mostrando-se um importante instrumento de autotutela, com respaldo constitucional, como expressão da autonomia privada. Entretanto, apesar de haver previsão no ordenamento em relação a esta cláusula, os tribunais pátrios relutam em conferir eficácia à cláusula resolutiva expressa, exigindo manifestação judicial para que a resolução contratual se opere. Partindo de uma análise e crítica da orientação jurisprudencial em tal sentido, este estudo demonstra a subutilização da cláusula na experiência brasileira e propõe o alargamento da aplicação do referido instrumento, aduzindo tanto suas vantagens quanto suas limitações frente aos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito.

Palavras-chave: cláusula resolutiva expressa; resolução extrajudicial; autotutela; autonomia privada; direito civil-constitucional.

ABSTRACT

The express resolution clause provides to one of the contractors the right to resolve the contract out of the court in face of default of contractual obligations by the other contractor, is an important instrument for autotutela, with constitutional backing, as an expression of private autonomy. However, despite the legal system forecast about this clause, the Brazilian courts are reluctant to give effectiveness to express resolution clause, demanding judicial manifestation for the contractual resolution operates. Starting from an analysis and critique of judicial guidance in such sense, this study demonstrates the under-use of the clause in the Brazilian experience and proposes the extension of the application of that instrument, arguing both its advantages as its limitations against the principles of objective good faith and abuse of rights.

Keywords: express resolution clause; out of the court resolution; autotutela; private autonomy; constitutional civil right.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	O ESVAZIAMENTO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	10
1.1	A judicialização da resolução do contrato na cultura jurídica brasileira.....	10
1.2	A não aplicação da cláusula resolutiva expressa pela jurisprudência.....	12
2	A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO MECANISMO DE AUTOTUTELA.....	16
2.1	A autonomia privada como fundamento da autotutela.....	16
2.2	O resgate da autotutela na perspectiva civil-constitucional.....	18
2.3	A cláusula resolutiva expressa como manifestação de autotutela com expressa previsão no ordenamento brasileiro.....	20
3	PELA EFETIVIDADE DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA.....	24
3.1	Crítica à subutilização da cláusula e suas vantagens.....	24
3.2	Possibilidades de alargamento da aplicação da cláusula.....	30
3.3	A vedação ao exercício abusivo da cláusula.....	32
	CONCLUSÃO.....	35
	REFERÊNCIAS.....	37

INTRODUÇÃO

A cláusula resolutiva expressa é um instrumento de grande importância no ambiente contratual, permitindo que, em face do inadimplemento, o contratante lesado pelo não cumprimento da prestação possa se desvincular do contrato de forma célere, sem a necessidade de utilizar a via judicial para que a resolução ocorra.

Assim, verifica-se que o legislador, ao prever expressamente no ordenamento a possibilidade de os indivíduos pactuarem esta cláusula, consagrou a autotutela como legítimo instrumento de resolução extrajudicial. Entretanto, apesar da previsão no Código Civil em relação à cláusula resolutiva expressa ser no sentido de que a mesma opera de pleno direito, sem necessidade de interpelação judicial, significativa orientação jurisprudencial reluta em conferir eficácia a ela, o que denota nítida resistência, na cultura jurídica brasileira, em aplicar tal instrumento de autotutela.

Diante disso, este trabalho tem por escopo analisar a razão pela qual a cláusula resolutiva expressa não vem tendo, em muitos casos, sua eficácia reconhecida jurisprudencialmente, perquirindo, ainda, as possibilidades de se conferir efetividade à figura e também de se expandir sua aplicação, mormente considerando sua expressa previsão legislativa.

Parte-se da compreensão de que a autotutela tem fundamento na autonomia privada, que, na seara contratual, respalda a possibilidade de ampla utilização de diversos instrumentos extrajudiciais por parte do contratante lesado pelo inadimplemento para a realização de seus interesses, sendo que, no caso da cláusula resolutiva expressa, é normativamente conferido aos contratos um espaço de autorregulação, inclusive para a extinção do contrato sem interferência do judiciário. Assim, é estabelecida como premissa necessária a convergência entre as noções de autotutela e de autonomia privada (SALLES, 2011), razão pela qual os instrumentos de autotutela não devem ser manejados ou aplicados apenas de forma excepcional.

Nesse sentido, a autotutela assume uma feição constitucionalizada, afastando-se da noção de justiça privada presente em ordenamentos antigos. Deve ela se adequar ao princípio da boa-fé objetiva, cláusula geral de conduta do direito civil, e aos princípios e valores constitucionais, não sendo permitido o abuso por um dos contratantes frente ao outro ou a violação da função social do contrato.

1. O ESVAZIAMENTO DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 A judicialização da resolução do contrato na cultura jurídica brasileira

Reconhecia-se que o Direito Civil era responsável pela regulação dos interesses individuais e patrimoniais dos indivíduos, possuindo atuação dominante na área do direito privado, de forma que as Constituições operavam apenas na seara do direito público. Nesse sentido, em uma era marcada pelo liberalismo, as codificações como o Código de Napoleão na França e, posteriormente, o Código Civil de 1916 no Brasil, tinham um caráter eminentemente individualista. Desse modo, assevera Gustavo Tepedino (2004, p.3) que assumiria “o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas”.

Entretanto, após a crise de 1929 e com a derrocada do liberalismo, o Estado se mostra mais preocupado com o bem-estar do indivíduo, surgindo o *Welfare State*, baseado no pensamento keynesiano, apresentando uma intervenção maior nas relações sociais buscando proporcionar melhores condições de vida para os cidadãos. Tal mudança política teve reflexos importantes no ordenamento jurídico, a destacar o momento de elaboração da Constituição Federal de 1988.

Ao analisar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se o alto grau de intervenção estatal e, também, de abrangência deste instrumento normativo para além do âmbito do direito público. A liberdade e a propriedade, temas tipicamente tratados pelo direito privado na antiga dicotomia público-privado, tem agora contornos gerais delineados pela Constituição, sempre se balizando na dignidade da pessoa humana, almejando o bem-estar da comunidade. Afirma Tepedino (2004, p.7) que “o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade”.

Isto posto, o Direito Civil, tendo em vista a superação da dicotomia entre público e privado e após a fase de publicização¹, encontra-se em um momento de constitucionalização,

¹ Para Caio Mário (2013, p.15): “A influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar a finalidade precípua do direito que

tendo os seus contornos ditados pela norma constitucional. Com efeito, o princípio da autonomia contratual, que corresponde à liberdade do indivíduo quanto à sua autodeterminação, esbarra nesse processo de constitucionalização, de modo que não é mais possível compreender a autonomia privada como ilimitada², já que não pode haver violação aos princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, apesar de limitada, a autonomia privada está presente nas relações sociais e, sobretudo, na elaboração dos contratos, conferindo uma margem de atuação para os contratantes pactuarem as cláusulas do instrumento contratual. Desse modo, o Código Civil de 2002, por meio do artigo 474³, determina a possibilidade de os contratantes estabelecerem uma cláusula resolutiva expressa, objeto deste estudo, que irá operar de pleno direito sem necessidade de interpelação judicial. Por outro lado, a cláusula resolutiva tácita, presente em todos os contratos bilaterais, depende da intervenção judicial para que o contrato seja resolvido. Ressalta-se ainda que parte da doutrina se esforça para garantir a eficácia *ipso iure* da cláusula resolutiva expressa, conforme elucida o Enunciado 436 da V Jornada de Direito Civil⁴, ratificando que não há necessidade de intervenção judicial para que sejam operados os efeitos resolutivos pretendidos pelas partes contratantes.

Não obstante, ainda que a cláusula resolutiva expressa esteja positivada no Código Civil, parte significativa da jurisprudência argumenta pela sua não aplicação, defendendo a tese de que a resolução contratual deve se operar perante o judiciário, analisando se há vício na cláusula ou abuso na sua aplicação. Parte da doutrina, apoiada em autores como Fábio Ulhoa Coelho⁵ e Carlos Roberto Gonçalves⁶, corrobora este entendimento, aduzindo que a resolução contratual

se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normatividade social em atenção ao bem da pessoa, geram a tendência à publicização da norma jurídica”.

² Assenta Gustavo Tepedino (2014, p. 9): “O princípio da autonomia privada, entretanto, não é absoluto, inserindo-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado. Encontra-se informado pelo valor social da livre iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.),² corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com conteúdo negativo e positivo.”

³ CC/2002: “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

⁴ “Art. 474: A cláusula resolutiva expressa produz efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial.”

⁵ “Se contemplada no instrumento contratual a cláusula resolutiva expressa, a resolução “opera de pleno direito” (CC, art. 474, primeira parte). Isso não significa que a parte adimplente esteja dispensada de promover a ação judicial, caso queira submeter a inadimplente às consequências da dissolução do contrato. Significa, apenas, que uma vez julgada procedente a ação, considera-se resolvido o contrato desde o vencimento da obrigação inadimplida.” (COELHO, 2012)

⁶ “Em ambos os casos, tanto no de cláusula resolutiva expressa ou convencional, como no de cláusula resolutiva tácita, a resolução deve ser judicial, ou seja, precisa ser judicialmente pronunciada.” (GONÇALVES, 2012)

por meio da cláusula resolutiva expressa tem como pressuposto necessário a anuência do judiciário, indo de encontro com o dispositivo legal.

Não se pode olvidar que, caso a cláusula resolutiva expressa seja fruto de algum vício na confecção do contrato – vício de vontade, por exemplo –, se faz mais do que necessária a intervenção do judiciário, com o escopo de reparar a lesão e os abusos que tal cláusula provocaria em relação à outra parte.

Observa-se então que a jurisprudência se mostra resistente quanto ao exercício da autonomia privada por parte dos contratantes, especialmente da liberdade de estabelecer uma cláusula extintiva do vínculo e que possui os seus efeitos previstos no ordenamento. A resolução contratual que deveria operar de pleno direito, em face inadimplemento do devedor, necessitaria caminhar por um percurso maior, sendo necessária uma suposta chancela judicial sobre aquilo que foi pactuado pelas partes dentro da margem previamente estabelecida pelo legislador, respeitando-se os princípios constitucionais e do direito privado. Dessa forma, faz-se necessária uma análise de como a jurisprudência tem enfrentado a aplicação da cláusula resolutiva expressa.

1.2 A não aplicação da cláusula resolutiva expressa pela jurisprudência

Em que pese parte da jurisprudência admitir^{7 8} a operatividade da cláusula resolutiva expressa sem a necessidade de interpelação judicial, tendo seus efeitos operados de pleno

⁷ “DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE TRANSPORTE ESCOLAR DOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS CONTRATUAIS. CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. PRÉVIA NOTIFICAÇÃO PARA RESCISÃO DO AJUSTE. DESNECESSIDADE. ART. 474, DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Trata-se de ação na qual o autor pede indenização por danos morais, materiais e também lucros cessantes, sob o fundamento de que não foi notificado acerca do término do contrato de prestação de serviço de transporte escolar dos alunos da rede pública de ensino. **2. Existindo cláusula resolutiva expressa no ajuste, e comprovado o descumprimento, pelo autor, de uma das hipóteses nela prevista, a rescisão opera-se de pleno direito, sem necessidade de prévia notificação formal, nos termos do art. 474, do Código Civil.** 3. Doutrina. 3.1. Cristiano Chaves, A cláusula resolutiva expressa concerne a uma previsão contratual de imediata resolução em caso de inadimplemento da parte. (...) A vantagem da inserção de tal cláusula reside na prévia estipulação do alcance da resolução quanto às prestações pretéritas, como no desfazimento automático do contrato diante do inadimplemento, sem que necessite o credor interpelar o devedor (...). (in Teoria Geral e Contratos em Espécie, Editora Juspodivm, p. 527). 4. Precedente: **Havendo cláusula resolutiva expressa no contrato firmado entre a Terracap e particular, não cumprida a obrigação nela prevista, resolve-se, de pleno direito o contrato, independentemente de qualquer notificação ao particular** (...). (20050110639413APC, Relator: Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, DJE: 22/10/2010). 5. Recurso improvido. (TJ-DF - APC: 20140910089709, Relator: JOÃO EGMONT, Data de Julgamento: 16/12/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/01/2016 . Pág.: 406)” (grifou-se)

⁸ No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - RESCISÃO CONTRATUAL - CLAUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA - AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA - POSSIBILIDADE - DECISÃO

direito, significativo segmento se mostra relutante quanto à aplicação *ipso iure* do instituto resolutivo. Para tanto, é necessário analisar os fundamentos utilizados pelos tribunais para que o contrato com cláusula resolutiva expressa necessite de manifestação do Poder Judiciário para que suceda à resolução.

Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no acórdão do julgamento do Recurso Especial nº 620.787-SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA EM VIRTUDE DE INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SEM QUE TENHA HAVIDO MANIFESTAÇÃO JUDICIAL ACERCA DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO, AINDA QUE ESTE CONTE COM CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. É imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos.

3. Por conseguinte, não há falar-se em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, pois somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório.

4. Recurso provido em parte, para afastar a antecipação de tutela.

(STJ - REsp: 620787 SP 2003/0232615-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 28/04/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2009) (grifou-se)

Verifica-se que, no voto prolatado, o Ministro Luis Felipe Salomão, ao enfrentar a questão da antecipação de tutela em ação de reintegração de posse, entende ser imprescindível a manifestação judicial em relação à resolução contratual, ainda que este contenha cláusula resolutiva expressa. Sustenta ainda o Ministro em seu voto, apoiando-se na lição de Luiz Felipe Silveira Difini, que a exigência da necessidade de manifestação judicial quanto à resolução do contrato que contenha cláusula resolutiva expressa se fundamenta na observância da boa-fé objetiva dos contratos, afirmando ainda Luiz Felipe Silveira Difini que tal princípio limitaria o exercício e a realização dos efeitos da cláusula, de forma que caberia ao juiz verificar a

CASSADA. - Em contratos com clausula resolutiva expressa não há que se presumir a necessidade de notificação para constituição em mora, tendo em vista que qualquer descumprimento já se constitui de imediato em inadimplemento. (TJ-MG - AC: 10702084942763001 MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 15/05/2013, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/05/2013)''

admissibilidade e os efeitos a serem produzidos, valendo-se no princípio da boa-fé objetiva contratual.

Interessante analisar, também, a decisão do Agravo de Instrumento nº 1.0231.12.011068-0/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de relatoria do Desembargador Veiga de Oliveira:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESCISÃO CONTRATUAL - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA - TUTELA ANTECIPADA – LIMINAR NEGADA.

- Para que seja possível a concessão de medida de antecipação de tutela exige-se a presença dos seus requisitos próprios insertos na norma do artigo 273, do Código de Processo Civil.

- A rescisão do contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do devedor exige manifestação judicial, a teor do que dispõe o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República, de 1988.

- A inexistência de decisão judicial quanto à resolução de negócio jurídico firmado entre as partes litigantes impõe, como consequência inevitável, o indeferimento da tutela antecipada de rescisão do contrato de compra e venda de imóvel e da liminar de reintegração na posse desse imóvel, sob pena de se privar a parte contrária do devido processo legal, instituído por força de cláusula constitucional constante dos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição da República, de 1988.

- Recurso não provido.

(TJ-MG - AI: 10231120110680001 MG, Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 29/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/02/2013) (grifou-se)

De acordo com o Desembargador Veiga de Oliveira, em entendimento preconizado no voto do acórdão supra, o ordenamento vigente determina que a resolução contratual deve ocorrer em juízo. Além disso, o eminente Desembargador reconhece a necessidade de manifestação judicial para resolução contratual como uma expressão do princípio do devido processo legal e ampla defesa – artigo 5º, incisos LIV e LV, Constituição Federal de 1988 –, pois, para que a avença seja dissolvida, seriam necessários “além de provas contundentes, debate acurado e amplo para proporcionar às partes a aplicação do devido processo legal” e a concessão de espaço para dilação probatória.

Noutro turno, a jurisprudência criou também um requisito não previsto no artigo 474 do Código Civil de 2002 para a que a cláusula resolutiva expressa opere seus efeitos, qual seja, a necessidade de constituição em mora⁹, quando se trata de arrendamento mercantil – leasing.

⁹ Processual civil. Ação de rescisão de promessa de compra e venda, cumulada com pedido de reintegração de posse. Cláusula resolutiva expressa. Ineficácia. Necessidade de prévia interpelação para constituição do devedor em mora. Decreto-lei nº 745/69, art. 1º. Aplicação imediata. I - "A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor" (Súmula 76/STJ). II - A exigência de notificação prévia, instituída pelo art. 1º do Decreto-lei nº 745/69, para a constituição em mora do devedor, tem aplicação imediata, por se tratar de norma de direito processual. III - A falta de interpelação para constituição da mora acarreta a extinção do processo. IV - Recurso especial conhecido e provido. (REsp 45.845/SP,

Ressalta-se, ainda, que tal entendimento foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do Verbete Sumular nº 369¹⁰. Assim, os tribunais pátrios têm esposado o juízo de exigir a necessidade de constituição em mora para que possa ocorrer a resolução extrajudicial também nos contratos de arrendamento mercantil – *leasing*. Ocorre que, além do acréscimo de um requisito não estabelecido pelo Código Civil, confunde-se a jurisprudência ao tratar a necessidade de notificação do devedor com constituição em mora, que será abordada nos capítulos seguintes.

Por fim, é valiosa a lição de Aline de Miranda Valverde Terra (2013, p. 10) ao traçar um panorama da interpretação que é dada pelo poder judiciário ao se deparar com a cláusula resolutiva expressa. Assim,

a jurisprudência, todavia, mostra-se vacilante a respeito do tema, e é possível identificar três orientações diversas: i) decisões que reconhecem a plena eficácia da cláusula resolutiva expressa e admitem a resolução extrajudicial, a exigir apenas a comunicação ao devedor da opção feita pelo credor; ii) decisões que, embora reconheçam a possibilidade de resolução extrajudicial, exigem prévia notificação para constituição do devedor em mora, ainda que se trate de mora ex re; iii) decisões que não admitem a resolução extrajudicial, e propugnam a necessidade de intervenção do Judiciário, seja para verificar a efetiva ocorrência do fato ensejador da resolução – incumprimento definitivo –, seja para verificar a validade da própria cláusula resolutiva.

Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 23/09/2002, p. 350)

¹⁰ Súmula 369, STJ: “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora.”

2. A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO MECANISMO DE AUTOTUTELA

2.1. A autonomia privada como fundamento da autotutela

A autotutela possui diferentes compreensões no mundo jurídico. Fredie Didier Jr. (2014, p.111), ao analisar a autotutela no campo do Direito Processual Civil, aduz que este instituto poderia ser caracterizado como a “solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro”, sendo assim um meio sobreposição de interesses. Expõe ainda que tal conduta seria vedada em ordenamentos civilizados, vindo a ser ainda tipificada como crime. Por outro lado, José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 35), ao ponderar sobre o instituto no âmbito do Direito Administrativo, apresenta a autotutela como um princípio inerente à Administração Pública, de forma que corresponderia ao poder conferido à Administração Pública de corrigir os erros por ela praticados, restaurando a situação de regularidade, sendo também permitida a revisão dos seus atos de ofício, sem a necessidade de provocação pelo particular. Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal editou os Verbetes Sumulares nº 346 e 473¹¹, no sentido de estabelecer como válido o exercício da autotutela pela Administração Pública.

Entretanto, a autotutela no estudo do direito privado possui uma acepção diferente daquela praticada nos outros ramos jurídicos. Conforme assevera Raquel Salles (2011, p. 38), com apoio na lição de Lina Bigliuzzi Geri, a autotutela privada seria um mecanismo de reposta a uma “lesão de interesse juridicamente relevante”, de modo que o comportamento de quem reage seria assegurado pelo ordenamento, constituindo a reação como um direito potestativo daquele que sofreu a violação. Simplificando, Massimo Bianca (*apud* SALLES, 2001) assevera que a tal instituto seria um remédio em face de uma injúria sofrida. Noutra turno, a autotutela não afasta a esfera do judiciário, uma vez que, diante de uma ofensa a um direito, o contratante lesado pode recorrer ao Estado para que se opere a reparação da lesão e o retorno ao *status quo*, mas nada impede que este exercício ocorra diretamente no plano extraprocessual. Além disso, é necessário ressaltar que a autotutela se insere na seara dos remédios contratuais, que atuam

¹¹ Súmula 346, STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”; Súmula 473, STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

em face de uma lesão dentro do ambiente contratual. Desse modo, a autotutela se expressa na forma de figuras como a exceção de contrato não cumprido, a retenção e a cláusula resolutiva expressa, sendo os dois primeiros instrumentos de autotutela unilateral e o último de autotutela bilateral, consolidados como remédios contratuais (SALLES, 2011, p. 40-42).

Já a autonomia privada, tida como princípio inerente ao direito privado e abordada de forma sucinta no capítulo anterior, pode ser caracterizada como uma liberdade fundamental, garantida pela Constituição, de modo que se configura “como poder de auto-regulamentação e de auto-gestão conferido aos particulares em suas atividades” (TEPEDINO, 2014, p. 9). Dessa forma, é possível caracterizar a autonomia privada como a autodeterminação do indivíduo para realizar negócios e estipular pactos, sem necessidade de posterior chancela estatal, dentro do espaço que lhe foi conferido pelo ordenamento¹². Complementa ainda Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2014, p. 140) que a autonomia privada, apoiada na vontade, deve ser acrescida de regulamentação legal, estabelecendo limites, pois vive-se em um ambiente constitucionalizado, de modo que “isto implica aceitar que a liberdade dos sujeitos de direito é circunscrita pelos valores constitucionais”.

Ao analisar os conceitos de autotutela e de autonomia privada expostos, é possível chegar à conclusão de que tais institutos se relacionam. Não obstante, parte da doutrina reluta em afirmar que seria possível uma associação entre a autonomia privada e a autotutela, postulando ainda que seriam instrumentos distintos. Assim, certifica Emilio Betti (*apud* SALLES, 2011) que a esfera da autonomia privada, apesar de algumas interferências inevitáveis, deve ser mantida estritamente separada da esfera da autotutela (tradução livre).¹³ Há quem postule, ainda, que a autotutela não poderia se relacionar com a autonomia privada, uma vez que os atos da primeira são sempre autorizados por dispositivos legais, sendo derivados apenas da lei. Tal entendimento não merece prosperar, uma vez que, se a autonomia privada possui como pressuposto a possibilidade de o indivíduo estabelecer as próprias regras dentro do espaço que lhe é dado, poderia então este mesmo indivíduo utilizar das normas existentes no ordenamento para exercer o seu direito, no caso a autotutela. Indo além, a autotutela pode

¹² Teresa Ancona Lopez (2012, p. 28) afirma sobre o princípio da autonomia privada, ao ser relacionado com a Teoria dos Contratos, “pode ser visto sobre três aspectos principais: 1) a liberdade de contratar ou não, de participar da celebração de um contrato; 2) liberdade da escolha da outra parte (com quem contratar); 3) liberdade de fixar o conteúdo dos contratos (liberdade contratual).”

¹³ “La sfera dell’autonomia privata – non ostante qualche inevitabile interferenza – dev’esser tenuta rigorosamente separata dalla sfera dell’autotutela.”

ser compreendida como um fato transformado em norma, de modo que este seria o reconhecimento da existência e da prática deste fato pelo legislador (SALLES, 2011, p. 52-55).

Sendo assim, em oposição à corrente anterior, assenta-se que autotutela seria um meio de manifestação da autonomia privada. Ademais, como bem afirma Raquel Salles (2011, p. 56), “o princípio da autonomia [...] é fundamento da autotutela, de modo que todo ato de autotutela é expressão de autonomia, mas nem todo ato de autonomia é autotutela”. Verifica-se então que a autotutela, retratada através da cláusula resolutiva expressa, representa a autodeterminação dos contratantes ao realizar a avença, estipulando uma cláusula contratual que permite a resolução sem a necessidade de manifestação judicial, conforme preconizado pelo artigo 474 do Código Civil. Além disso, esta ideia corresponde ao princípio da autonomia privada, na acepção outrora explicitada, uma vez que é preservada a liberdade dos contratantes para estipular a cláusula, corroborando a tese de que a autonomia privada é fundamento da autotutela. Outrossim, parte da jurisprudência¹⁴ tem sinalizado pela confirmação da cláusula resolutiva expressa – manifestação de autotutela – como expressão da autonomia privada.

2.2. O resgate da autotutela na perspectiva civil-constitucional

Ao analisar a autotutela constata-se a presença de três elementos principais, que caracterizam o instituto, a saber, “a defesa de um interesse, a extrajudicialidade e a unilateralidade do comportamento de quem pratica” (SALLES, 2011, p. 58). Nesse ínterim, a defesa de um interesse, conforme explicitado anteriormente, se realiza diante de uma lesão a um direito, o que conduz ao poder do indivíduo de valer-se da autotutela. Por consequência, o indivíduo atuará de forma unilateral, posto que os instrumentos de autotutela são tidos como reação a uma lesão. Além disso, prática deste exercício não depende da chancela estatal, o que representa a extrajudicialidade, sendo possível ao sujeito, diante da lesão, servir-se da autotutela, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

¹⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. CONTRATO. CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. AUTONOMIA PRIVADA. 1. **Deve-se prestigiar a autonomia da vontade dos contratantes, que livre e expressamente pactuaram cláusula resolutiva, pela qual qualquer das partes pode resiliir unilateralmente o contrato, mediante denúncia prévia.** 2. A ocorrência de eventual hipótese de mitigação de tal princípio deve se encontrar inequivocamente comprovada pela parte que a sustenta, sob pena de indeferimento do pedido de tutela antecipada. (TJ-MG - AI: 10024122954159001 MG, Relator: Wagner Wilson, Data de Julgamento: 23/01/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/02/2014) (grifou-se)

Acontece que a autotutela, tendo em vista as características expostas, pode dar causa a abusos por aquele que a utiliza. Isso ocorre, por exemplo, se o desforço empreendido para se valer diante da lesão for superior ao razoável. Assim, a autotutela é tida como proibida por alguns ordenamentos, por remontar à ideia de justiça privada, que não é mais aceita no estágio atual de civilização. Tal proibição também decorre do fato de o Estado ter tomado para si a função jurisdicional, no intuito de resolver conflitos e garantir a paz social (SALLES, 2011, p. 44). Corrobora com esta ideia a lição de Fredie Didier Jr. (2014, p. 111), ao postular que a autotutela “trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados”. Dessa forma, a autotutela é estigmatizada e excluída dos ordenamentos, sendo ainda tipificada como crime, com base na generalização do comportamento específico de vingança privada.

Entretanto, apesar deste instituto possuir uma feição injusta, nem toda prática de autotutela corresponde ao exercício arbitrário das próprias razões¹⁵, não sendo cabível a proibição de todos os instrumentos de autotutela nos ordenamentos. Não se defende aqui que a autotutela seja completamente autorizada. É necessário que o Estado atue no sentido de coibir as práticas abusivas, mas, por outro lado, existem práticas que são toleráveis e devem ser aceitas com efetividade, como a exceção de contrato não cumprido e a cláusula resolutiva expressa.

Depreende-se que o ordenamento não pode dar azo ao exercício abusivo de um direito e mesmo a cláusula resolutiva expressa deve ser limitada. Sustenta-se ainda que, além da proibição das práticas abusivas, devem ser limitados os instrumentos de manifestação da autotutela, como a cláusula resolutiva expressa. Arremata Raquel Salles (2011, p. 47) que “a autotutela, por comportar uma interferência, apesar de reacionária, na esfera jurídica alheia, encontra óbice em vários limites”, de modo que apesar de ser limitada, não pode defender a sua proibição. Além disso, a autotutela teria outras funções no ordenamento jurídico como meio alternativo à tutela jurisdicional exercida pelo Estado, ou seja, como instrumento de resolução extrajudicial, uma vez que, conforme ensina Raquel Salles (2011, p. 44)

(...) diante da morosidade e falibilidade da reação do Estado, em especial pela via judiciária, a devolução ao privado de funções estatais é prática cada vez mais

¹⁵ INDENIZATÓRIA. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO ENTRE AS PARTES. MORA DO AUTOR E CORRESPONDENTE CADEAMENTO DO IMÓVEL PELO RÉU, COM RETENÇÃO DOS PERTENCES ATÉ A QUITAÇÃO DOS LOCATIVOS. ILICITUDE DA CONDUTA. VEDAÇÃO À AUTOTUTELA. DANO MORAL EVIDENCIADO. QUANTUM MINORADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJ-RS - Recurso Cível: 71003574043 RS, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Data de Julgamento: 26/07/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/07/2012) (grifou-se)

recorrente, e não mais necessariamente em caráter subsidiário, o que se confirma pelo crescente recurso a meios alternativos e extrajudiciais de solução de conflitos.

Isso decorre do fato de o direito privado, mais especificamente o Direito Civil, dentro do qual se inserem a autonomia privada e a autotutela contratual, encontrar-se constitucionalizado. Assim, o Direito Civil Constitucionalizado representa o reconhecimento da Constituição como Lei Maior do ordenamento e hierarquicamente superior, com função de garantir a unidade e harmonia do sistema jurídico por meio das normas gerais e princípios constitucionais. Nessa senda, as normas do direito civil necessitam ser compreendidas como reflexo das normas constitucionais (MORAES, 1991)”, de modo que qualquer cláusula contratual deve se conformar com a normativa constitucional. Complementa ainda Gustavo Tepedino (2004, p. 21) que

(...) a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

Dessa forma, a autotutela se insere no ambiente constitucionalizado do Direito Civil e, além da necessidade de ser limitada pela lei, deve se compatibilizar com os preceitos da Constituição Federal de 1988. A autotutela contratual também deverá guardar correspondência com princípios do direito privado como o da boa-fé objetiva, quando se fala no método utilizado pela parte no exercício de seu poder de autotutela, e da vedação ao abuso, de modo que o indivíduo que se vale da autotutela deve se ater aos limites da função do instrumento utilizado (SALLES, 2011, p. 51). Deverá pautar-se, ainda, pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Compreende-se, então, que hodiernamente a autotutela não se assemelha mais à ideia de justiça privada que era concebida em ordenamentos antigos, mas assume uma faceta ao mesmo tempo respaldada e limitada pela ordem constitucional.

2.3. A cláusula resolutiva expressa como manifestação de autotutela com expressa previsão no ordenamento brasileiro

A cláusula resolutiva expressa foi positivada no ordenamento brasileiro por meio do artigo 474¹⁶ do Código Civil de 2002, dispositivo que parte da doutrina remonta ao “pacto

¹⁶ CC/2002: “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”

comissório” previsto no artigo 1.163¹⁷ do Código Civil de 1916. Tatiana Bonatti Peres (2011, p. 303) postula ainda que

o Código Civil de 1916 previa expressamente, no artigo 1.163, a possibilidade de ajustar a cláusula resolutive expressa em contrato de compra e venda, de modo que, se o preço não fosse pago na data acordada e o vendedor não cobrasse o preço após 10 dias de atraso do comprador, ficava desfeita a venda, de pleno direito.

Apesar da aparente semelhança entre os dois institutos, o pacto comissório seria, na verdade, a apropriação direta e imediata pelo credor da coisa vinculada a uma garantia real em caso de inadimplemento, sendo que é isto é proibido pelo artigo 1.428¹⁸ do Código Civil de 2002 (SALLES, 2011, p. 186).

Dessa forma, é possível conceituar a cláusula resolutive expressa como a avença expressamente formulada pelos contratantes segundo a qual, havendo descumprimento por parte de um deles a outra parte pode dar causa à resolução do contrato (TEPEDINO *et alii*, 2014, p. 119). O ordenamento reserva à cláusula resolutive expressa a possibilidade de o indivíduo exercer a resolução do contrato sem a necessidade ir ao judiciário. Assim, diversamente da cláusula resolutive tácita, presente em todos os contratos bilaterais de forma não expressa e também disciplinada pelo artigo 474 do Código Civil vigente, a resolução do contrato não depende de manifestação judicial.

Entretanto, parte da doutrina insiste em estender para a cláusula resolutive expressa a necessidade de interpelação judicial para que a resolução contratual ocorra, ainda que por meio de uma sentença declaratória. Discorda-se aqui desta corrente que afronta o dispositivo legal, porém a presença da cláusula resolutive expressa não retira a possibilidade de uma das partes recorrer ao Poder Judiciário¹⁹ para analisar se a cláusula não contém vícios, de modo que, se for reputada como válida a sentença será meramente declaratória da resolução do contrato e da obrigação. Nesse sentido, é valioso o magistério de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 59) ao assentar que

¹⁷ CC/1916: “Art. 1.163: Ajustado que se desfça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em dez dias de vencido, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda.”

¹⁸ CC/2002: “Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”

¹⁹ “A rapidez e a eficácia da cláusula de resolução, independentemente de juízo, não garante, porém, a dispensa de recurso à via judicial quando se estabelecer o desacordo entre as partes sobre a existência dos requisitos para a extinção, quanto ao atendimento às formalidades, ainda que extrajudiciais e, principalmente, no que se refere à extensão dos seus efeitos e restituição ao estado anterior.” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 58)

se as partes eventualmente forem a juízo litigar a respeito do contrato, por desacordo quanto aos requisitos da resolução ou seus efeitos, o ato judicial será meramente declaratório da existência da resolução ou condenatório de alguma prestação devida a título de perdas, mas não terá o caráter constitutivo que tem a sentença proferida na resolução dependente de procedimento judicializado.

Ao observar cláusula resolutiva, tácita e expressa, pode-se concluir que estas possuem fundamentos diferentes. A cláusula resolutiva tácita, presente em todos os contratos bilaterais, tem como fundamento o preceito legal que a institui – artigo 474 do Código Civil vigente –, determinando a resolução do contrato, ainda que por meio judicial, em caso de inadimplemento. Por outro lado, a cláusula resolutiva expressa não está contida em todos os contratos bilaterais, sendo necessário que os contratantes aponham a cláusula no contrato de forma explícita. Desse modo, a cláusula resolutiva expressa depende de prévia negociação e acordo entre os contratantes para que o contrato contenha tal item.

O fundamento da cláusula resolutiva expressa seria então a livre manifestação de vontade das partes, uma vez que o contrato é um acordo, expressão do princípio da autonomia privada, no sentido de ser espaço de autodeterminação dos indivíduos para livre estipulação das cláusulas contratuais. Indo além, a cláusula resolutiva expressa representa também manifestação de vontade, nesse caso unilateral, quando se fala na produção de seus efeitos. Apesar de o artigo 474 do Código Civil de 2002 determinar que a cláusula resolutiva expressa terá os seus efeitos operados *ipso iure*, isso corresponde apenas à não necessidade de manifestação judicial, de modo que ainda é necessário que a parte credora, diante do inadimplemento²⁰, manifeste-se para que seja resolvido o contrato, constituído assim o direito formativo extintivo²¹ do credor (GARCIA, 2013, p. 294).

Isto posto, depreende-se que a cláusula resolutiva expressa é um instrumento de autotutela constitucionalizada, configurando-se como um dos remédios contratuais destinados

²⁰ O inadimplemento pode ser absoluto ou relativo. O inadimplemento absoluto é aquele em que a prestação não é mais possível e o inadimplemento relativo é aquele em que “incumprimento ainda sanável, porque preserva ainda um caráter de utilidade – apurado pela presença ou não do interesse do credor na prestação” (GARCIA, 2013, p. 298). Complementa Aline de Miranda de Valverde Terra (2013, p. 7): “Há inadimplemento relativo, ou mora, quando a prestação não for cumprida no tempo, modo ou forma pactuados sem, todavia, afastar o interesse do credor no seu recebimento ou importar na impossibilidade de prestar para o devedor.”

²¹ Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 29) explica que o direito formativo extintivo é aquele “tendente a desfazer a eficácia jurídica já produzida ou a própria relação jurídica, como a resolução dos contratos bilaterais por incumprimento, a resilição daqueles de execução continuada, o pedido de separação judicial ou de divórcio, o direito de pedir a decretação da anulação do ato ou a declaração de sua nulidade.”

à reparação de uma lesão pelo inadimplemento, pautando-se sempre pelos princípios da boa-fé e da vedação ao abuso²².

²² Nesse sentido, acrescenta Rebeca Garcia (2003, p. 297): “Há, porém, de se observar, além dos limites impostos pela ordem pública, os princípios contratuais alçados à estatura de cláusulas gerais pelo novo Código Civil, dos quais relevam, em especial, a função social do contrato e a boa-fé objetiva.”

3. PELA EFETIVIDADE DA CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA

3.1. Crítica à subutilização da cláusula e suas vantagens

Parte da jurisprudência brasileira, conforme abordado o primeiro capítulo desta obra, se mostra relutante em reputar eficaz a cláusula resolutiva expressa, não sendo possível que este instrumento opere seus efeitos conforme estabelecido no Código Civil vigente. Os tribunais pátrios corriqueiramente não permitem que a cláusula resolutiva expressa atue *ipso iure*, impondo a necessidade de manifestação judicial para a resolução contratual, determinando assim que o credor, em face do inadimplemento do devedor, busque o judiciário para resolver o contrato que contenha a cláusula, quando o devedor que deveria buscar a tutela jurisdicional.

Além disso, o legislador, por meio de leis especiais que tratam da compra e venda de imóveis não loteados e loteados, quais sejam o Decreto-Lei nº 745/69 e a Lei nº 6.766/79, estabelece a necessidade de constituição em mora do devedor para que ocorra a resolução, adicionando ao instituto da cláusula resolutiva expressa um requisito não previsto pelo Código Civil. A jurisprudência, além de exigir a necessidade de manifestação judicial nesses casos, de acordo com o explicitado no primeiro capítulo, estende aos contratos de arrendamento mercantil a necessidade de notificação para constituição em mora, sumulando²³ tal entendimento.

Dentre os argumentos utilizados pela jurisprudência para reputar ineficaz a cláusula resolutiva expressa destaca-se o princípio da boa-fé objetiva²⁴, apontando que a cláusula resolutiva expressa e este princípio seriam contraditórios, a ponto de exigir a necessidade de manifestação judicial para a resolução. O princípio da boa-fé hoje é interpretado como cláusula

²³ Súmula 369, STJ: “No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora.”

²⁴ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, AJUIZADA EM VIRTUDE DE DESISTÊNCIA DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESISTÊNCIA COMPROVADA DOCUMENTALMENTE. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. CLÁUSULA CONTRATUAL CONTENDO TERMO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. OBRIGAÇÃO NÃO CUMPRIDA NO PRAZO ESTABELECIDO NO CONTRATO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL ACERCA DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA. 1. CONFORME TEM ENTENDIDO O STJ, É IMPRESCINDÍVEL A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL NA HIPÓTESE DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PARA QUE SEJA CONSUMADA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO, AINDA QUE EXISTISSE CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA, DIANTE DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ... (TJ-BA - APL: 271792007 BA 27179-7/2007, Relator: MARIA MARTA KARAOGLAN MARTINS ABREU, Data de Julgamento: 28/07/2009, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

geral no direito privado, sendo consagrado por meio do artigo 422²⁵ do Código Civil vigente. Por ser cláusula geral, os mais diversos comportamentos dos contratantes devem ser subsumidos a ela, sejam eles positivos ou negativos. Para Teresa Ancona Lopez (2012), o princípio boa-fé é visto como um dever de lealdade, de probidade dos contratantes, não possuindo um significado exato e sendo um conceito aberto, que será preenchido após a interpretação e aplicação do direito no caso concreto. Com efeito, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p. 159) postulam que a boa-fé objetiva seria uma crença efetiva no comportamento alheio, de forma que “o princípio compreende um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte”.

Nessa esteira, não se mostra visível a contradição apontada pela jurisprudência entre a cláusula resolutiva expressa e o princípio da boa-fé objetiva. Pelo contrário, quando se opera a resolução *ipso iure* do contrato ante a manifestação da parte credora do seu direito formativo extintivo presente na cláusula resolutiva expressa, não há desrespeito à lealdade ou à confiança depositada pelas partes no instrumento contratual, uma vez que a cláusula pactuada é fruto da manifestação de vontade tanto do credor quanto do devedor. Assim, os contratantes, que estão em igualdade no momento da confecção do contrato, têm autonomia para estabelecerem ou não a cláusula e, caso a mesma seja aposta no contrato, seria resultado de prévio acordo entre as partes. Cristiano de Souza Zanetti (2012, p. 374) reforça a ideia de que não há conflito entre a boa-fé e a cláusula resolutiva expressa ao dizer que “no direito brasileiro, ainda não se prestou a devida atenção ao ensinamento legado pelos romanos, segundo o qual nada é mais conforme à boa-fé do que cumprir o avençado”.

A jurisprudência ainda utiliza como argumento para não conferir eficácia de pleno direito à cláusula resolutiva expressa, impondo a obrigatoriedade da anuência do Poder judiciário, os princípios do devido processo legal e da ampla defesa²⁶. Conforme observado no

²⁵ CC/2002: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESCISÃO CONTRATUAL - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA - TUTELA ANTECIPADA – LIMINAR NEGADA. Para que seja possível a concessão de medida de antecipação de tutela exige-se a presença dos seus requisitos próprios insertos na norma do artigo 273, do Código de Processo Civil. A rescisão do contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do devedor exige manifestação judicial, a teor do que dispõe o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República, de 1988. A inexistência de decisão judicial quanto à resolução de negócio jurídico firmado entre as partes litigantes impõe, como consequência inevitável, o indeferimento da tutela antecipada de rescisão do contrato de compra e venda de imóvel e da liminar de reintegração na posse desse imóvel, sob pena de se privar a parte contrária do devido processo legal, instituído por

primeiro capítulo, a resolução *ipso iure* do contrato não daria oportunidade ao devedor de manifestar quanto ao inadimplemento e à conseqüente resolução contratual. Vejamos, pois, que tais princípios, insculpidos no artigo 5º, LIV e LV^{27 28}, da Constituição Federal de 1988, têm como conteúdo a garantia do acesso à justiça e, além disso, assegurar a efetividade do processo²⁹. Diante disso, não consegue vislumbrar a cláusula resolutiva expressa como uma afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

É necessário lembrar que a cláusula resolutiva expressa é exercício de autonomia privada e, inserida em um contrato bilateral, devem ambas as partes anuir quanto ao seu teor. Assim, uma vez que o devedor concordou com a estipulação de tal cláusula contratual, não é possível quando do inadimplemento exigir que o credor busque o Judiciário para que o contrato seja resolvido. Poderia, por outro lado, o devedor, se sentindo lesado pela resolução contratual, recorrer ao órgão jurisdicional para que analisado a abuso alegado.

O legislador estabeleceu no artigo 1º³⁰ do Decreto-Lei nº 745/69 e no artigo 32³¹ da Lei nº 6.766/79, referentes à compra e venda de imóveis não loteados e loteados, respectivamente, a necessidade de interpelação judicial ou por meio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, a fim de que se constitua em mora o devedor, para que ocorra posteriormente a resolução extrajudicial por meio da cláusula resolutiva expressa. Assim, feita a notificação e findo o prazo para purga da mora, de 15 dias quando se tratar de imóveis não loteados e de 30 dias em relação aos imóveis loteados, ter-se-á configurado o inadimplemento absoluto da obrigação. Assim, a cláusula resolutiva expressa só poderá ter seus efeitos reconhecidos após a

força de cláusula constitucional constante dos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição da República, de 1988. Recurso não provido. (TJ-MG - AI: 10231120110680001 MG, Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 29/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/02/2013)

²⁷ CRFB/88: “Art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

²⁸ CRFB/88: “Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

²⁹ Fredie Didier Jr. (2014) ensina que que “o princípio do devido processo legal tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade”. Quando à ampla defesa, explica o autor que tal princípio se complementa com o princípio do contraditório, de modo que consistiria “no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório.”

³⁰ Lei 745/69, com redação dada pela Lei nº 13.097/15: “Art. 1º. Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei no 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora.”

³¹ CC/2002: “Art. 32. Vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor. § 1º Para os fins deste artigo o devedor-adquirente será intimado, a requerimento do credor, pelo Oficial do Registro de Imóveis, a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionados e as custas de intimação. § 2º Purgada a mora, convalidará o contrato.”

constituição em mora. Entretanto, a jurisprudência exige a necessidade de manifestação judicial e se posiciona pela necessidade de constituição em mora no contrato de arrendamento mercantil, editando a já comentada Súmula 369 do Superior Tribunal de Justiça.

A cláusula resolutiva expressa opera quando há inadimplemento absoluto, estabelecendo-se que o credor não deve possuir mais interesse na manutenção do negócio (GARCIA, 2013, p. 289). Ocorrido o inadimplemento absoluto, em que não é mais possível o cumprimento da obrigação, a cláusula resolutiva expressa poderá resolver o contrato de pleno direito, sendo necessária apenas a notificação do devedor em relação à resolução extrajudicial. Por outro lado, quando se trata de inadimplemento relativo é possível se falar em mora. A mora, disciplinada no artigo 394³² do Código Civil de 2002, na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 291), pode ser caracterizada como o “retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação”. Nessa senda, estará em mora o devedor que, com chegada a data para adimplemento da obrigação contratual, não o faz, estando em atraso perante o credor. Porém, o ponto relevante sobre a mora diz respeito sobre a sua constituição. A mora, em se tratando de obrigações positivas e líquidas, pode ser *ex re* ou *ex persona*, de modo que a constituição da mora *ex re* não depende de provocação do interessado, sendo a lei o elemento constitutivo. Findo o prazo avençado para cumprimento da obrigação e estando inadimplente o devedor, a mora já estaria constituída de forma automática. Em contrapartida, a mora *ex persona* depende da interpelação, constituindo-se a partir do momento em que o devedor for interpelado. Dessa maneira, o elemento constitutivo da mora *ex persona* é a notificação do devedor quanto ao incumprimento. Pondera-se ainda que a lei também pode exigir que se notifique o devedor para constituí-lo em mora, não podendo se falar em constituição automática (PEREIRA, 2013, p. 300).

Isto posto, não há que se falar em necessidade de nova constituição em mora quando se está diante de uma cláusula resolutiva expressa. A mora já deve ter sido constituída antes, de modo que, não tendo ocorrido a purga, resultará em inadimplemento absoluto. Assim, no caso da cláusula resolutiva expressa, a lesão pelo inadimplemento já ocorreu e a mora já está constituída – mora *ex re* ou *ex persona* –, sendo dever do credor interpelar o devedor caso seja necessário. Com efeito, a jurisprudência se equivoca ao determinar a necessidade de

³² CC/2002: “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

constituição em mora – arrendamento mercantil – e posterior manifestação judicial quanto à cláusula resolutiva expressa.

Ademais, não se defende aqui a supressão completa da tutela jurisdicional. A presença da cláusula resolutiva expressa no contrato não significa que não é possível que uma das partes, se sentindo lesada, recorra ao judiciário para que proceda à análise da validade da cláusula. Além disso, o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988³³ consagra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, de modo que aquele que se sentir lesionado ou estiver diante de ameaça de lesão a seu direito, pode procurar o judiciário para que ocorra a reparação da lesão ou cesse a ameaça. O que não se pode admitir que é o Poder Judiciário como um rito obrigatório para que a resolução judicial por meio da cláusula resolutiva expressa ocorra. O juiz nesse caso possuiria uma função corretiva em face da lesão, devendo analisar a cláusula resolutiva expressa com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e nos princípios constitucionais, como a função social do contrato.

Ao se retirar a eficácia da cláusula resolutiva expressa, estipulando a obrigatoriedade de comparecimento ao Poder Judiciário para que a resolução judicial se opere ou inserindo um requisito não previsto pela lei – constituição em mora –, conforme exposto, prejudica-se a própria autonomia dos contratantes que firmaram tal cláusula, bem como a realização de seus próprios interesses.

É sabido, ainda, que o contrato é um instrumento negocial, sendo utilizado em muitas operações financeiras. O contrato então serviria como um instrumento social de alocação de riscos³⁴, buscando a maior segurança possível entre os pactuantes e viabilizando a realização dos objetivos almejados pelas partes fortes e fracas (SALLES, 2011, p. 30). Assim, o contrato seria um instrumento profícuo à economia, de modo que, nessa visão, um sistema de resolução extrajudicial seria o mais adequado, onde não é necessário subordinar-se à demora e ao custo do processo (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 57).

Nessa esteira, é cediço que o Poder Judiciário se encontra inchado e moroso, levando anos para realizar o julgamento de demandas simples. Obrigar que o credor recorra ao órgão jurisdicional para resolver o contrato que contenha cláusula resolutiva expressa significa

³³ CRFB/88: “Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

³⁴ Aline de Miranda de Valverde Terra e Paula Greco Bandeira (2015, p. 4) elucidam que “a partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou corresponsabilidade entre as prestações, a qual revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação traduz o equilíbrio intrínseco do concreto negócio e, por isso mesmo, há de ser perseguida pelas partes.”

aumentar os custos daquele contrato. Isso decorre do chamado “risco judiciário”, pois, uma vez que o judiciário possui grande impacto sobre a economia, as empresas, ao medirem o risco de determinado negócio, incluem no cálculo a qualidade do sistema judicial local, de forma que o é reconhecido que o Poder Judiciário brasileiro afasta investimentos no país (SEFER *apud* SALLES, 2011, p. 37). Em vista disso, reputar ineficaz a cláusula resolutiva expressa, exigindo manifestação judicial para que os seus efeitos possam ocorrer, apenas contribui para o aumento dos custos negociais, prejudicando a economia e sendo um entrave aos negócios.

Além disso, a eficácia *ipso iure* da cláusula resolutiva expressa não contribui apenas para minimizar o “risco judiciário”. Caso possa o credor resolver o contrato extrajudicialmente, apenas notificando o devedor do seu interesse em não dar continuidade ao contrato, poderia a parte interessada reaver o bem de forma mais rápida. Ou seja, o bem ficaria livre de entraves, dentre os quais se incluem os entraves judiciais, retornando ao credor e sendo passível de realização de novos negócios, contribuindo para o trânsito jurídico. Ainda como vantagem da aplicação de pleno direito da cláusula resolutiva expressa, tem-se a redução dos custos contratuais quanto à liberação das próprias partes do contrato. A resolução extrajudicial pela cláusula resolutória contribuiria então para a economia das partes, de tempo e de recursos, uma vez que a provocação do judiciário resultaria em mais tempo de vínculo contratual, de modo que poderiam, caso estivessem liberados da relação jurídica, praticar novos negócios.

É necessário ainda estabelecer que a cláusula resolutiva expressa apresenta, também, como uma de suas vantagens, ser um instrumento de gestão positiva de riscos no contrato. A gestão positiva de riscos no contrato é caracterizada quando são distribuídos os riscos econômicos previsíveis por meio das cláusulas contratuais, inserindo tais riscos na álea normal do contrato – risco econômico previsível assumido pelos contratantes. A cláusula resolutiva expressa faria a gestão positiva de riscos ao permitir que o credor se desvincule de uma relação jurídica estéril, que não cumpre o plano negocial traçado no início da avença, de forma célere, mediante apenas a declaração de vontade do credor. Além disso, atua nesse sentido nas situações de caso fortuito, quando disciplina os efeitos dele decorrentes ao estabelecer que, ocorrendo caso fortuito, poderá o contrato ser resolvido extrajudicialmente (TERRA; BANDEIRA, 2015, p. 7-12).

Cumpram-se ainda que, apesar das vantagens econômicas trazidas pela cláusula resolutiva expressa, o direito não pode ter como fim único a maximização de lucros e a facilidade negocial. Com efeito, hodiernamente se está diante de um Direito Civil constitucionalizado, de modo que o contrato – e também a cláusula resolutiva expressa – “deve

contribuir para promover a eficiência econômica apenas quando esta atender ou, pelo menos, não prejudicar a concretização dos princípios e valores constitucionais” (SALLES, 2011, p. 37).

Por fim, é necessário ressaltar que reputar eficaz a cláusula resolutiva expressa, permitindo que seus efeitos se operem *ipso iure*, possui como uma de suas principais vantagens o reforço da autotutela constitucionalizada e da autonomia privada. Permitir que os contratantes negociem livremente sobre a possibilidade de resolução extrajudicial em face do inadimplemento é o reforço da autonomia negocial. Além disso, a autotutela ganha destaque no ordenamento quando os seus instrumentos são plenamente eficazes, fazendo com o que os contratantes cada vez mais se desvinculem da dependência do Poder Judiciário para buscarem a resolução contratual.

3.2. Possibilidades de alargamento da aplicação da cláusula

Cabe indagar se nas relações de consumo, marcadas pela vulnerabilidade de consumidor frente ao fornecedor, a vulnerabilidade do consumidor poderia obstar a aplicação da cláusula resolutiva expressa, conforme entende parte significativa da jurisprudência. Isso ocorre em razão da desigualdade entre as partes neste tipo de relação. Entretanto, o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), por meio do artigo 54, § 2º³⁵, estabelece que é possível a presença de cláusula resolutiva expressa nos contratos de adesão, desde que a escolha entre a resolução do contrato e a purga da mora caiba ao consumidor (TEPEDINO *et alii*, 2014, p. 121).

Além disso, constata-se que, além de ser inválida a cláusula resolutiva expressa que opera apenas em favor do estipulante, isto quebraria a igualdade entre as partes no contrato de adesão (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 184). Nesse caso, cumpre ressaltar que a própria legislação consumerista entende ser possível a presença de cláusula resolutiva expressa, ainda que alternativa, na seara dos contratos de adesão. Porém, é necessário ainda que o fornecedor, parte com maior poder da relação, notifique, mesmo que se trate de mora *ex re*, o consumidor, parte vulnerável, para que escolha entre a purga da mora ou a resolução contratual. É possível

³⁵ Código de Defesa do Consumidor: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...) § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.”

estabelecer assim que a resolução contratual só irá operar caso ocorra a notificação do consumidor e que este opte pelo desfazimento da avença (SALLES, 2011, p. 191).

Outrossim, é possível ampliar a aplicação da cláusula resolutiva expressa quando se fala em promessa de compra e venda de bens imóveis. É sabido que o legislador exigiu a necessidade de notificação para constituição em mora³⁶ quando se fala na compra e venda tanto de bens imóveis loteados – artigo 32 da Lei nº 6.766/79 – quanto de imóveis não loteados – artigo 1º do Decreto-Lei nº 745/69. Porém, a jurisprudência confunde necessidade de interpelação judicial ou extrajudicial – por meio do cartório Registro de Títulos e Documentos – para constituição em mora com indispensabilidade de manifestação judicial para resolução do contrato ainda que contenha a cláusula resolutiva expressa. Ainda que se fale em boa-fé objetiva, tal argumento, conforme abordado no item anterior, não é suficiente para retirar a eficácia *ipso iure* da cláusula resolutiva expressa. Permitir que em um compromisso de compra e venda de bem imóvel contenha cláusula resolutiva corresponde facilitar as relações negociais, principalmente pela célere liberação do bem proporcionada pela resolução extrajudicial. Ademais, a Lei nº 13.097/15, que alterou o Decreto-Lei nº 745/69, corrobora com a eficácia de pleno direito, conforme estabelecido no Código Civil, em relação à cláusula resolutiva expressa, pois uma vez constituída a mora exigida pela Decreto-Lei 745/69 no *caput* do artigo 1º, o parágrafo único deste dispositivo determina que, findo o prazo para purgação da mora, poderá ser operada a resolução extrajudicial do contrato.

Nos casos de arrendamento mercantil – *leasing* – já foi explicitado anteriormente que a jurisprudência, em entendimento sumulado, estabeleceu como requisito para a resolução extrajudicial a necessidade de constituição em mora do arrendatário. Assim, a cláusula resolutiva expressa tem o seu efeito diferido não podendo o contrato ser resolvido diante do inadimplemento. A construção judicial retira, em parte, a eficácia de pleno direito da cláusula resolutiva expressa. Demanda-se mais tempo e mais esforços para que o inadimplemento seja configurado e a cláusula resolutiva possa operar. Essa imposição pelo Superior Tribunal de Justiça não encontra respaldo no ordenamento jurídico, uma vez que não há dispositivo nesse sentido na Lei nº 6.099/74, que cuida da alienação fiduciária, e o artigo 474 do Código Civil de 2002 não prevê a necessidade de interpelação do devedor para constituição em mora.

³⁶ Rebeca Garcia (2013, p. 310) acrescenta que “a legislação especial não é empecilho a que a cláusula resolutiva opere efeitos; apenas cria a necessidade de o credor constituir o devedor antecipadamente em mora, mediante interpelação na forma e no prazo legalmente fixados. Uma vez observado esse iter procedimental legalmente previsto, a cláusula resolutiva expressa estaria apta a produzir efeitos, independentemente de ação de resolução.”

Na linha dos exemplos acima expostos, concebida a autotutela com fundamento na autonomia privada, entende-se que a cláusula resolutiva expressa pode ser indistintamente aplicada em qualquer relação contratual, mediante previsão contratual, devendo ser rechaçadas a interpretações ou aplicações restritivas da figura, que a compreendem como instrumento de caráter meramente excepcional.

3.3. A vedação ao exercício abusivo da cláusula

Embora se defenda o alargamento do uso da cláusula, tem esta seus limites como instrumento de autotutela constitucionalizada, pelo que não pode dar azo a abusos por parte do credor, que deve respeitar o princípio da boa-fé objetiva e os princípios e valores constitucionais.

A partir disso, não pode o credor, diante do inadimplemento do devedor, estar anteriormente inadimplente³⁷. Assim, o credor não pode estar inadimplente quando notificar o devedor do seu interesse em resolver o contrato, de modo que não merecerá a tutela do ordenamento, através da cláusula resolutiva expressa, caso não tenha cumprido a obrigação que lhe foi destinada (TERRA, 2013, p. 4). Não há como conferir ao credor inadimplente o direito formativo extintivo proporcionado pela cláusula resolutiva expressa uma vez que não este descumpriu o pactuado, não desempenhando a prestação que lhe cabia.

Além disso, não se pode aceitar que o credor se valha da cláusula resolutiva expressa quando se tratar de inadimplemento mínimo³⁸. A teoria do inadimplemento mínimo ou do adimplemento substancial pode ser caracterizada, conforme a lição de Raquel Salles (2011, p. 97), com “a necessidade de se avaliar a gravidade do inadimplemento, a fim de que a patologia contratual seja remediada proporcionalmente à importância da lesão ao interesse do credor”. Assim, tal teoria se pauta no dever de conduta estabelecido pelo princípio da boa-fé objetiva, tido como cláusula geral no direito civil, de forma que o descumprimento apenas formal da

³⁷ Rebeca Garcia (2013, p; 289) afirmar que um dos pressupostos básicos da cláusula resolutiva expressa seria “a condição de não inadimplência do credor”.

³⁸ É de grande importância a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 59) no sentido de que “cabe ao juiz examinar a defesa do devedor quanto aos pressupostos e efeitos da resolução, inclusive a validade da cláusula resolutiva, à luz do princípio da boa-fé, podendo afastá-la quando revelar desvantagem exagerada para uma das partes, ocorrência freqüente nos contratos de adesão, ou modificar as disposições sobre seus efeitos. Assim, pode rejeitar a aplicação da cláusula resolutiva quando houver o adimplemento substancial, ou quando o inadimplemento é de prestação assessoria.

prestação devida, sem atingir o seu resultado útil programado, torna abusivo o exercício pelo credor do direito potestativo de resolução contratual (SALLES, 2011, p. 97). Seria desproporcional e desarrazoado, por exemplo, permitir ao credor exigir a resolução do contrato em que se pactuou a obrigação em várias parcelas e o devedor deixou de pagar apenas a última delas, visto que foi atendido o objetivo pretendido pelas partes. A jurisprudência^{39 40} inclusive tem atentado para esta questão, impedindo que o credor exerça o seu direito potestativo de exigir a resolução contratual em tais circunstâncias.

É imperioso ainda refletir sobre a possibilidade de aplicação da cláusula resolutiva expressa quando se tratar de atividade essencial. Assim, pensa-se, por exemplo, no fornecimento de energia elétrica a um hospital, de forma que este último se encontra inadimplente. Indo além, poder-se-ia pensar na prestação de serviços entre uma empresa de manutenção e a concessionária de energia elétrica, de modo que a prestadora dos serviços de manutenção cessaria as atividades com a concessionária e se manifestaria pela resolução do contrato em face do inadimplemento. Em ambos os casos é possível verificar que a resolução dos contratos implicaria prejuízos a uma grande parte da população, dependente daquela concessionária ou, de forma ainda mais grave, atingiria os enfermos do hospital inadimplente. Dessarte, a resolução extrajudicial de pleno direito preconizada pela cláusula resolutiva

³⁹ AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Tendo o requerido pago parte significativa do contrato, é incabível a resolução contratual pelo não-pagamento do restante do débito. O direito formativo extintivo de resolução contratual não se exhibe absoluto ao promitente-comprador, cabendo ser analisado se, no caso concreto, o pedido de resolução não significa abuso da posição jurídica do vendedor. Somente deve ser declarada a eficácia da cláusula resolutiva se estão atendidos os princípios da boa-fé e da equidade. Deste modo, o pagamento de parte significativa do preço impõe a manutenção do contrato e, por via de consequência, impede a sua rescisão, pela aplicação da chamada Teoria do Adimplemento Substancial, sob pena de estar-se violando o Princípio da Boa-Fé Objetiva. RECURSO PROVIDO. (TJRS. Recurso Cível Nº 71003156346, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Leandro Raul Klippel, Julgado em 30/06/2011, Publicado no Diário da Justiça em 04/07/2011) (grifou-se)

⁴⁰ CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. PARCELAS INADIMPLIDAS. IMPUGNAÇÃO INVIÁVEL DE DOCUMENTOS DEMONSTRATIVOS DA QUITAÇÃO. PRECLUSÃO. INADIMPLENTO MÍNIMO. DIREITO DE RESOLUÇÃO UNILATERAL: ABUSO DO DIREITO. PRESERVAÇÃO DO CONTRATO. DÉBITO QUE PODERÁ SER BUSCADO EM VIA PRÓPRIA, DIVERSA DA RESCISÓRIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A pretensão de impugnação da validade dos comprovantes de pagamento tem lugar na instrução do feito. Assim, ultrapassado esse momento, em decorrência do princípio da eventualidade, resta preclusa a possibilidade de discutir a idoneidade de tais documentos. 2. Os princípios da boa-fé e da função social informam uma releitura dos institutos contratuais, traduzindo mudança de paradigma, de forma que não é possível conferir eficácia absoluta à cláusula resolutória unilateral expressa em contrato. Nesse sentido, é da alçada do magistrado avaliar o grau de sacrifício de uma das partes, em cotejo ao que já foi objeto de cumprimento e à parcela restante. 3. Caracteriza-se como abuso do direito disposição contratual que outorga a faculdade do credor de resolução contratual, quando o débito, sendo mínimo diante da universalidade das parcelas pactuadas, pode ser adimplido mediante o ajuizamento da ação necessária ao seu recebimento. 4. Apelação a que se nega provimento. (TJDFT. Acórdão n.360217, 20050111015862APC, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/05/2009, Publicado no DJE: 10/06/2009. Pág.: 61. g.n.)

expressa, mesmo diante da lesão pelo inadimplemento, violaria interesses existenciais de contingente expressivo de pessoas, carecendo, portanto, de específicas condições de aplicação. Neste sentido, entende-se que deveria ser estabelecido um prazo suficiente para que o devedor, após a manifestação do credor no sentido de resolver o contrato, possa se adequar, com prazo mais alargado para a purga da mora ou para a negociação de condições especiais ou mais restritas para o fornecimento do serviço essencial ou, ainda, para a transferência ou extinção da atividade sem prejuízo das pessoas dela dependentes, como poderia ocorrer no caso do hospital. Em análise sobre o tema, a jurisprudência^{41 42} entende que, ainda que o serviço essencial esteja inadimplente, não poderia haver interrupção na prestação do serviço pelas concessionárias de energia elétrica ou de gás.

⁴¹ ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE GÁS. INTERRUÇÃO POR INADIMPLEMENTO. HOSPITAL UNIVERSITÁRIO GAFFRÉE E GUINTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 ALTERADA PELA LEI 11.960/2009. APELAÇÃO DA CEG DESPROVIDA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIRIO PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. Cinge-se a discussão quanto à possibilidade de suspensão do serviço de fornecimento de gás, por inadimplemento, na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, que afetaria o Hospital Universitário Gaffrée e Guinte que lá funciona. **2. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de gás, após aviso prévio, quando o usuário permanecer inadimplente. Todavia, quando o usuário devedor for Ente público, há a impossibilidade de se proceder indiscriminadamente na suspensão do fornecimento de gás em razão do dever de preservação do próprio interesse coletivo, sob pena de atingir a prestação de serviços públicos essenciais, tais como hospitais. 3. O corte não é admissível pelo fato de ser o usuário um Ente público lato sensu, mas em razão da essencialidade da atividade exercida pelo mesmo - repisa-se, trata-se, de um hospital - que não pode ser interrompida em razão do Princípio da Supremacia do Interesse Público.** 4. O índice aplicado ao valor cobrado pela CEG, deve observar o disposto no art. 1º, F, da Lei 9.494/97, qual seja, a incidência única, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. 5. Apelação da CEG desprovida. Remessa Necessária e Apelação da UNIRIO parcialmente providas. (TRF-2 - AC: 200951010059168 RJ, Relator: Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER, Data de Julgamento: 08/10/2014, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 15/10/2014) (grifou-se)

⁴² ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA "A" – AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO – INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO – INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO – HOSPITAL – SERVIÇO ESSENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES. 1. Preliminarmente, o recurso merece conhecimento, porquanto a matéria federal restou devidamente prequestionada. 2. Não ficou evidenciada a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. Assim, não merece provimento o recurso nesse aspecto. 3. A interrupção do corte de energia elétrica visa a resguardar a continuidade do serviço, que restaria ameaçada justamente por onerar a sociedade, pois a levaria a arcar com o prejuízo decorrente de todos débitos. 4. No entanto, no caso dos autos, pretende a recorrente o corte no fornecimento de energia elétrica do único hospital público da região, o que se mostra inadmissível em face da essencialidade do serviço prestado pela ora recorrida. Nesse caso, o corte da energia elétrica não traria apenas desconforto ao usuário inadimplente, mas verdadeiro risco à vida de dependentes dos serviços médicos e hospitalares daquele hospital público. 5. O art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei n. 8.987/95 estabelece que é possível o corte do fornecimento de energia desde que considerado o interesse da coletividade. Logo, não há que se proceder ao corte de utilidades básicas de um hospital, como requer o recorrente, quando existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional. Precedentes. Recurso especial improvido. (REsp 876.723/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 213)

CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a realizar uma análise dos fundamentos apontados pela jurisprudência para esvaziar a eficácia da cláusula resolutiva expressa, instrumento de autotutela. Foi possível observar que, entre os argumentos utilizados pelos tribunais para uma possível ineficácia da cláusula, encontram-se os princípios da boa-fé objetiva e do devido processo legal e do contraditório, o que se criticou, considerando que a previsão contratual da possibilidade de resolução extrajudicial é fruto da autonomia privada, fundamento da autotutela.

O percurso traçado neste trabalho proporcionou a compreensão de que, a despeito do que aduz a jurisprudência, a cláusula resolutiva expressa não se mostra incompatível com o princípio da boa-fé objetiva. Pelo contrário, o respeito ao pactuado pelas partes com a possibilidade de produção do efeito resolutivo seria uma forma de manifestação deste princípio. Além disso, não poderia se falar em violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que as partes são livres para estabelecerem as cláusulas do contrato e, assim, é necessário a anuência dos contratantes para que se estipule a presença da cláusula resolutiva expressa. Dessa forma, exigir que o credor intente ação de resolução em face do inadimplemento mesmo tendo o instrumento contratual previsto a cláusula resolutiva expressa seria consignar como letra morta o artigo 474 do Código Civil.

Verificou-se que a autotutela está apta a ser utilizada pelas partes dentro do ambiente contratual, inserindo-se na perspectiva civil-constitucional, pela qual preza-se pelo respeito aos valores insculpidos na Constituição. Assim, a cláusula resolutiva expressa pode ser considerada como um dos remédios previstos como instrumento de autotutela, uma vez que, em face do inadimplemento, é possível a resolução do contrato sem a necessidade de intervenção do órgão jurisdicional competente.

Nesta linha, demonstrou-se que, não obstante os argumentos judiciais sejam falhos quanto à não aplicação da cláusula resolutiva expressa, esta encontra limitações quanto ao seu modo de exercício, que deve ser sempre coerente com a boa-fé contratual, de modo que o contratante que se vale do instrumento sempre dê ciência ao outro de sua opção pela resolução. Por outro lado, a cláusula também deve ter sua aplicação orientada pelo princípio da vedação ao abuso do direito, de modo que é inconcebível a resolução automática do contrato nos casos

de inadimplemento mínimo ou de contratos que envolvem particularmente interesses existenciais.

Em suma, conclui-se que as razões para a não aplicação da cláusula resolutiva expressa comumente encontradas na jurisprudência são falhas. Além disso, as vantagens do referido instrumento, como a possibilidade de liberação negocial célere, tanto das partes quanto do bem, e o reforço da autonomia negocial, evidenciam a importância de se garantir a eficácia da cláusula. Assim, mediante previsão contratual e desde que observe as limitações impostas pelos princípios da boa-fé e da vedação ao abuso do direito à sua operatividade, a cláusula resolutiva expressa figura-se importante instrumento de autotutela, garantindo aos contratantes a possibilidade de resolverem o contrato extrajudicialmente, sem a necessidade da tutela jurisdicional estatal.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil**, 3: Contratos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.1. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 4. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 131, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, v. 3: contratos e atos unilaterais. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley. (Org.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva; GVLaw, 2012, v. 1, p. 21-92.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Direito, Estado e Sociedade**: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 2. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PERES, Tatiana Bonatti. Cláusula resolutiva. **Revista de Direito Privado**. vol. 45. ano 12. p.301-319, São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2011.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. 2011. 258 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, jul./set. 2014. p. 8-35. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1-doutrina_001.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.
- _____. *et alii*. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. IV.
- _____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em:

<<http://civilistica.com/clusula-resolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial/>>. Acesso em: 27 out. 2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 6, out./dez. 2015. p. 9-25. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_001_000.pdf>. Acesso em 05 nov. 2016.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A cláusula resolutiva expressa na lei e nos tribunais: o caso do termo de ocupação. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil** [S.l: s.n.], 2012. p. 354-377.