Pablo Carmona: Cláusula resolutiva expressa afasta custo e incerteza

Quais fatores influenciam a escolha das partes contratuais entre a cláusula resolutiva tácita e a cláusula resolutiva expressa? Antes de se responder à pergunta formulada, é necessário um breve esclarecimento sobre os institutos jurídicos em questão.

O artigo 475 do Código Civil oferece ao credor o direito de escolher entre a resolução do contrato ou a execução da obrigação diante do inadimplemento contratual (*i.e.*, a cláusula resolutiva tácita). Podem as partes contratuais, todavia, negociar, nos termos do artigo 474 do Código Civil, disciplina específica sobre o direito de resolução[1] (*i.e.*, a cláusula resolutiva expressa). Ambos institutos são aplicáveis a contratos bilaterais (*i.e.*, no qual há reciprocidade de prestações) de execução diferida (*i.e.*, o cumprimento da prestação se dá em um só ato em momento futuro) ou de execução continuada (*e.g.*, cumprimento mediante prestações periódicas).

Antes das negociações e ao longo delas[2], as partes ponderam custos e benefícios de incluir no contrato a cláusula resolutiva expressa — e de eventualmente aplicá-la em caso de inadimplemento —, *vis-a-vis* os custos e benefícios de se aceitar a disciplina da regra geral prevista em lei (*i.e.*, a cláusula resolutiva tácita) — e, igualmente, de aplicá-la em caso de inadimplemento.

Nesta ponderação, é crucial entender como o Judiciário interpreta e aplica tais cláusulas resolutivas.

No caso da cláusula resolutiva tácita, o credor que exerce o direito de resolução precisa obrigatoriamente recorrer ao Judiciário para obter a resolução (artigo 474, *in fine*, do Código Civil). Por isso, a sentença judicial tem natureza constitutiva negativa (pois desfaz a relação obrigacional e o respectivo contrato).

Já no caso da cláusula resolutiva expressa, o credor que exerce o direito de resolução não precisa recorrer ao Judiciário (artigo 474 do Código Civil). Em caso de discussão judicial sobre o exercício do direito de resolução, a respectiva sentença tem natureza meramente declaratória (pois apenas reconhece que a extinção do contrato já ocorreu por escolha do credor). Isso não quer dizer, contudo, que o credor não tenha, em determinadas situações, que comunicar ao devedor sua escolha pela resolução, uma vez que poderia escolher a tutela específica.

Voltemos à discussão principal: qual o entendimento mais difundido no Brasil a respeito da aplicação das cláusulas resolutivas e como isso influencia as partes contratuais na escolha de uma ou outra cláusula resolutiva?

Para fins do presente artigo, mais do que suficiente é limitar a investigação à cláusula resolutiva tácita.

Cumpramos ressaltar que parte relevante da doutrina entende que o alcance da cláusula resolutiva tácita deve ser regulado (ou restringido) pelos princípios da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil) e da boa-fé (artigo 422 do Código Civil)[3]. Da conjugação destes princípios com o abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), surgiu a doutrina do inadimplemento substancial, que, em poucas palavras, justificaria a rejeição da extinção do contrato diante de inadimplemento não significativo ou não essencial, preservando o direito do credor de exigir o cumprimento do quanto devido.

Cite-se, por exemplo, o Enunciado 361 do Conselho da Justiça Federal, aprovado durante a IV Jornada de Direito Civil em 2006:

“O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do artigo 475”.

Os tribunais compartilham do entendimento doutrinário reconhecido pelo acima referido Enunciado 361:

“Deveras, a norma civil que faculta ao lesado pelo inadimplemento contratual por optar por sua execução forçada ou pela resolução do contrato (CC, art. 475) deve ser interpretada em consonância com os princípios jurídicos e com a unidade sistêmica do ordenamento jurídico. Vale dizer: o direito condiciona o pedido resolutório à impossibilidade de manter o contrato com o implemento dos encargos da mora, pena da se converter em nítido abuso do direito potestativo facultado (CC, art. 187), malferindo os princípios da boa-fé contratual e da função dos contratos”.

(Apelação 994.09.337080-3, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. em 10.08.2010 pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo)

“1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no CC de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual '[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos'.

2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”.

(Resp 1051270/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 04.08.2011 pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça)

Ao lançar mão de tais princípios, o Judiciário (i) garante para si uma ampla margem de discricionariedade para decidir, o que prejudica a previsibilidade das decisões judiciais (questão de segurança jurídica), e, no mais das vezes, (ii) restringe o exercício do direito de resolução previsto no artigo 475 do Código Civil, fazendo uso, por exemplo, da doutrina do adimplemento substancial. Para se utilizar do provérbio popular: “cada cabeça, uma sentença”.

Neste cenário, pode-se concluir (mesmo que preliminarmente, dada a falta de estudos empíricos) que as partes contratuais terão significativos incentivos para optar pela cláusula resolutiva expressa na tentativa de (i) “fugir” tanto quanto possível do Judiciário, evitando-se assim os custos e a incerteza (potencializada pela discricionariedade) inerentes ao litígio, e (ii) em caso de litígio judicial, limitar contratualmente o espaço de interpretação pelo Judiciário *within the 4 corners*, uma vez que beirará a arbitrariedade decidir diversamente de quanto negociado pelas partes e previsto no contrato^[4].

[1] Pode-se, por exemplo, prever contratualmente o dever do credor de primeiro exigir a tutela específica para então poder lançar mão da resolução em caso de persistência do inadimplemento.

[2] Pode-se também convencionar, posteriormente à celebração do contrato, a cláusula resolutiva expressa. Mas o raciocínio para sua utilização é o mesmo: ponderação de custos e benefícios.

[3] Cfr., por exemplo: Venosa, Sílvio de Salvo, Código Civil Interpretado, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2011, p. 569.

[4] Importante destacar, mesmo que marginalmente, outra função da cláusula resolutiva expressa que pode ensejar a sua adoção. Pode também cuidar tal cláusula de regular a mora: define-se contratualmente o que é considerado inadimplemento relativo, que poderá ainda ser cumprido mesmo que tardiamente.

Date Created

29/07/2015