

Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial

Aline de Miranda Valverde TERRA*

SUMÁRIO: 1. Apresentação do caso; 2. Pressupostos necessários à aplicação da cláusula resolutiva expressa; 3. A resolução extrajudicial como característica essencial da cláusula resolutiva expressa; 4. O equívoco da aplicação da acessão invertida ao caso concreto; 5. Conclusão.

1. Apresentação do caso¹

Fundação Getúlio Vargas (FGV) celebrou contrato de promessa de compra e venda mediante escritura pública de terreno na Praia do Botafogo, no Rio de Janeiro, em 08 de fevereiro de 2000, com a empresa Wrobel Construtora S. A., para a construção de prédio de 19 andares, projetado pelo arquiteto Oscar Niemeyer, no âmbito do qual haveria um centro cultural, uma cobertura e dois subsolos de garagem. Ajustou-se o preço de R\$ 9.300.000,00. Estabeleceu-se, ainda, que a FGV faria jus a seis andares do prédio e 268 vagas de garagem, além do centro cultural, enquanto as demais vagas de garagem e os andares restantes tocariam à empresa recorrente. A empresa Wrobel ficou responsável pela demolição das construções existentes no terreno, bem como pela execução da obra nos termos do projeto aprovado pela Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro.

Em 06 de setembro de 2001, celebraram-se escrituras públicas de ratificação do contrato concluído em fevereiro de 2000, bem como de cessão de direitos pela qual a Wrobel cedeu à ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A os direitos e obrigações assumidos anteriormente.

ABCDW deu início às obras que, por força de liminar concedida em ação civil pública em 24 de março de 2002, foram suspensas; interrompeu-se a execução do contrato até 10 de dezembro de 2008, quando transitou em julgado a

* Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, professora dos cursos de pós-graduação do CEPED/UERJ, Secretária-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil.

¹ STJ, 3ª T., REsp. 1.342.754, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 23.10.2012.

sentença proferida no âmbito da referida demanda. A despeito do término da ação civil pública, ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A permaneceu inerte por cerca de 1 ano, sob alegação de que havia algumas pendências não solucionadas pela FGV que impediam a execução da obra, tais como existência de irregularidades do imóvel junto à SPU, ausência de garantias relativas ao pagamento do IPTU atrasado, dentre outras. A FGV foi devidamente notificada acerca de tais pendências em 10 de agosto de 2009.

Em 30 de setembro de 2009, a construtora ajuizou demanda em face da FGV, a fim de que fossem sanadas as alegadas irregularidades relativas ao terreno. Subsidiariamente, pleiteou-se a resolução do contrato com a condenação da ré ao pagamento de perdas e danos.

A FGV, por sua vez, após notificar a empresa construtora para dar início às obras, sem sucesso, ajuizou, em 12 de novembro de 2009, ação de reintegração de posse do imóvel com pedido de concessão liminar, sob alegação de que, por força do inadimplemento da referida empresa e da previsão contratual de cláusula resolutiva expressa, o contrato teria sido resolvido em 11 de novembro de 2009, termo final do prazo fixado na notificação extrajudicial para a emenda da mora. Alegou, ainda, que recebera correspondência na qual ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A confessava sua incapacidade financeira para o cumprimento das obrigações assumidas, e solicitava a anuência da Fundação para transferência de seu controle acionário a terceiros, dilação do prazo para construção da obra pactuada, supressão da cláusula de multa e de obrigatoriedade de contratação dos seguros, bem como substituição da empresa responsável pela construção do empreendimento.

O juízo de primeiro grau apreciou os pedidos formulados em ambas as demandas e os indeferiu em 27 de novembro de 2009. Em 18 de dezembro de 2009, novo Magistrado acolheu pedido de reconsideração formulado pela FGV e deferiu a liminar de reintegração de posse postulada. Nesta ocasião, o juízo de 1º grau concluiu que a FGV adimpliu todas as suas prestações e afastou a exceção de contrato não cumprido alegada por ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A, cujo inadimplemento, este sim,

restou configurado.² A empresa construtora interpôs agravo de instrumento (AI nº 0000337-38.2010.8.19.0000), e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, confirmou a decisão de primeiro grau sob vários argumentos, dentre os quais: a) a Fundação adimpliu todas as suas prestações; b) é possível a resolução extrajudicial do contrato, sem intervenção judicial, diante de cláusula resolutiva expressa e prévia notificação; c) configurado o esbulho, a partir da resolução do contrato, a FGV deve ser reintegrada imediatamente na posse do imóvel, a teor do que dispõem os arts. 926 e 928 do CPC.

Inconformada, a ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A ajuizou recurso especial sob as seguintes alegações: a) afigura-se imprescindível a prévia manifestação judicial para a resolução do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que existente cláusula resolutiva expressa; b) é inviável a antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda.

A Terceira Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Afirmou o Ministro a imprescindibilidade da prévia manifestação judicial – que não houve no caso em tela – para que se opere a resolução de promessa de compra e venda, a despeito da presença de cláusula resolutiva expressa, sem o que não há que se falar em reintegração liminar na posse. Todavia, uma peculiaridade do caso concreto manteve a Fundação na posse do imóvel: após obter a liminar, a FGV, de boa-fé, iniciou as obras, que já estavam em estado bastante avançado quando do julgamento do recurso especial, razão pela qual reconheceu o Relator a ocorrência de acessão invertida, nos termos do

² De acordo com a decisão agravada, “inexiste qualquer obrigação pendente de adimplemento por parte da fundação ré e, tanto isto é fato, que o próprio subscritor da decisão que ora se reexamina, não impõe à ré qualquer obrigação de fazer, preferindo determinar, de ofício, as providências reclamadas pela empresa autora. Em assim sendo, não há como prosperar, *data maxima permissa venia*, a alegada exceção do contrato não cumprido, por não configurada a apontada inadimplência da fundação ré, o que torna injustificada a inadimplência da empresa autora. Com efeito, não se pode olvidar que a empresa autora não honrou com as obrigações por si contraídas no negócio jurídico objeto do litígio, posto que sequer iniciou as obras, sendo relevante acrescentar que, em verdade e a rigor, inclusive já exteriorizou suas dificuldades em cumprir o contrato, como nos revela o documento de fls.1061, o que reforça a conclusão quanto à configuração de sua inadimplência, a autorizar a concessão da liminar postulada na ação possessória, pois constituída em mora pela notificação extrajudicial levada a efeito, não adotou a autora nenhuma providência no que se refere ao imediato início das obras ou à espontânea devolução do imóvel”.

parágrafo único do art. 1255 do Código Civil. Por fim, decidiu-se que, “considerando que a pretensão da empresa recorrente no presente recurso especial é recuperar a posse do imóvel e considerando esse fato superveniente relevante, deve-se manter a fundação recorrida na posse do imóvel litigioso”.

A partir dos fatos narrados no relatório do recurso especial, bem como na decisão do juízo de 1º grau de 18 de dezembro de 2009, em que se acolheu pedido de reconsideração formulado pela FGV e deferiu-se a liminar de reintegração de posse postulada, identificam-se alguns pontos, no acórdão em comento, que merecem ser revisitados, quais sejam: a identificação dos pressupostos necessários à aplicação da cláusula resolutiva expressa, bem como a possibilidade, ou não, de a resolução se operar extrajudicialmente.

2. Pressupostos necessários à aplicação da cláusula resolutiva expressa

Três são os pressupostos necessários à aplicação de cláusula resolutiva expressa, todos presentes na hipótese fática narrada.

Exige-se, em primeiro lugar, que da cláusula resolutiva expressa conste a indicação de uma específica prestação, cujo incumprimento definitivo ensejará a resolução. Isso significa que não se admite referência genérica ao descumprimento de todas as obrigações que nascem do contrato, embora seja possível indicar todas as obrigações contratuais, uma por uma, na redação da cláusula. De acordo com Busnelli, “*una clausola risolutiva espressa potrebbe essere pienamente efficace come tale, anche si riferita a tutte la obbligazioni: sarebbe necessario soltanto che questa fossero specificatamente determinate una per una*”.³

Necessário, ainda, que o credor não esteja inadimplente ao suscitar a aplicação da cláusula resolutiva expressa. Embora se reconheça que o fundamento do

³ BUSNELLI, Francesco Donato. Clausola Risolutiva. *Enciclopedia del diritto*. Vol. VII. Milano: Giuffrè, p. 198.

instituto reside na tutela do interesse do credor na prestação,⁴ referido interesse apenas merecerá a tutela do ordenamento, por meio da execução da cláusula resolutiva expressa, se ele, credor, não estiver inadimplente em relação à prestação que lhe couber executar.

Conforme já demonstrado, o juízo de 1º grau ratificou o cumprimento, pela Fundação, de todas as obrigações que lhe cabiam, constatação fundamental para franquear-lhe a execução da cláusula resolutiva expressa. Isso porque, a despeito de não se ter, em qualquer momento, questionado o cumprimento da obrigação de entregar o terreno, o simples descumprimento das obrigações suscitadas pela construtora impediria a realização do interesse da ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A, a configurar a mora da FGV.

Contemporaneamente, a funcionalização da obrigação conduz à concepção alargada de seu objeto, pelo que o adimplemento compreende, além da própria atividade retratada na prestação, todos os comportamentos acessórios necessários à efetiva realização dos interesses do credor.⁵ Ao adimplemento não basta o cumprimento do dever principal de prestação, fazendo-se necessária a observância dos deveres acessórios e de conduta incidentes na relação jurídica concreta, de modo contínuo e ininterrupto. Apenas dessa forma, satisfaz-se perfeitamente o interesse típico e concreto do credor, de modo a lhe proporcionar o resultado programado.

Por essa razão, insta abandonar a classificação em abstrato dos deveres obrigacionais. Embora se reconheça a utilidade didática da classificação, na prática, ao menos do ponto de vista da satisfação do interesse das partes, não ostenta a importância de outrora, porquanto se trata de classificação

⁴ Nesse sentido, Brandão Proença, em lição de todo aplicável ao direito brasileiro: “(...) o fundamento da resolução se prende igualmente com a tutela do interesse (liberatório e recuperatório) do credor ou da sua devida protecção. O fundamento primário da resolução não pode deixar de ser o facto típico de um certo incumprimento ou de uma *Leistungsstörung* e a dupla necessidade desvinculativa e (ou) de restituição das prestações cumpridas (função realizada pela resolução enquanto instrumento de ‘liquidação’ contratual). O que significa, também, que a racionalidade do instituto resolutivo está decisivamente conexionada com as incidências contratuais (e éticas) do princípio da boa fé objetiva na dupla direcção em que é afirmado, isto é, no que diz respeito às obrigações de lealdade e de cooperação” (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 69).

⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Vol. II, reimp. 1986. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 186.

meramente estrutural, que não leva em conta o aspecto funcional da relação obrigacional. Qualificar os deveres como principais de prestação, secundários de prestação ou de conduta não releva para fins de identificação dos efeitos que o inadimplemento de cada um deles produz na concreta relação obrigacional. O que importa é investigar a repercussão do inadimplemento sobre a prestação devida, sobre o resultado útil programado, sobre o interesse do credor na prestação.

Sendo assim, não se deve perquirir apenas se o que se inadimpliu foi um dever principal ou secundário de prestação, ou um dever de conduta, mas também se este inadimplemento impediu a produção do resultado útil programado e, em caso positivo, em que medida tal inadimplemento afetou a utilidade da prestação para o credor, vale dizer, o interesse do credor na prestação devida. O que é preciso esclarecer, enfim, é que não é a qualidade da prestação ou conduta devida que determina as consequências de seu inadimplemento, mas os efeitos que produzem sobre o interesse do credor na prestação, os quais dependem da função que cada qual exerce na concreta relação obrigacional.⁶

A ampliação do conceito de adimplemento, diante dos deveres de conduta impostos ao devedor, implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Vale dizer, se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal de prestação e/ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a não realização da *prestação devida*, e não apenas o descumprimento da prestação principal.⁷

O inadimplemento será absoluto ou relativo de acordo com as consequências da não realização da prestação devida. Há inadimplemento absoluto quando a prestação devida, após o nascimento da obrigação, não puder mais ser realizada ou, podendo sê-lo, não mais interessar ao credor; a prestação é, portanto,

⁶ Nesse sentido, confira-se GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*: corso di diritto civile. 3. ed., Milano: Giuffrè, 1975, p. 32.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: do inadimplemento das obrigações. Vol. V, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 82.

irrecuperável.⁸ 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.

No caso em tela, cabia à FGV não apenas entregar o terreno à ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A, mas transferi-lo sem embaraços, nas condições necessárias para que a construtora executasse sua prestação. A entrega do terreno, por si só, não configuraria o adimplemento da prestação devida. Indispensável, para tanto, que o terreno fosse entregue e que todos os comportamentos necessários a permitir a construção ajustada fossem executados, o que, de fato, ocorreu. A Fundação, portanto, executou a prestação satisfativa, isto é, a prestação capaz de satisfazer os interesses da empresa construtora, identificada no comportamento dirigido à execução do dever principal de prestação, bem como dos vários deveres secundários e de conduta que lhe foram impostos, de modo a atender ao segundo pressuposto necessário à execução da cláusula resolutiva expressa.

Por fim, indispensável à aplicação da referida cláusula a configuração do incumprimento definitivo do devedor. O objetivo precípuo da cláusula resolutiva expressa é proporcionar segurança jurídica durante o momento patológico da relação contratual, razão pela qual sua aplicação está condicionada à configuração cabal do referido incumprimento.

A noção de incumprimento definitivo abarca tanto a impossibilidade superveniente por culpa do devedor, quanto a perda de utilidade da prestação, ainda possível, para o credor, qualquer que seja a sua causa. O conceito mostra-se, portanto, mais amplo do que o de inadimplemento absoluto: este abrange a impossibilidade superveniente da prestação e as situações em que, embora possível, a realização da prestação afigura-se inútil para o credor, ambas por ato culposo do devedor; já o incumprimento definitivo abarca, além dessas mesmas situações, aquelas em que a prestação se torna inútil para o credor, mesmo sem culpa do devedor.

⁸ A expressão é de ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

Na hipótese em análise, a empresa construtora incorreu em inadimplemento absoluto anterior ao termo, uma vez que, um ano após o fim da ação civil pública, sequer iniciou as obras, além de ter expressamente declarado suas dificuldades em cumprir o contrato, conforme comprovado por documentos anexados aos autos, de acordo com a decisão de 1º grau que acolheu pedido de reconsideração formulado pela FGV.

Configura-se o inadimplemento anterior ao termo nas hipóteses em que, a despeito do não advento do termo, já é possível afirmar que a prestação não será adimplida pelo devedor, seja porque ele assim o declarou, expressa ou tacitamente, seja porque seu comportamento, comissivo ou omissivo, inviabilizou o adimplemento no termo ajustado, a ensejar a perda de utilidade da prestação para o credor. Trata-se de importante mecanismo de proteção do credor diante de relação contratual estéril, incapaz de produzir os efeitos para os quais foi constituída, em razão do já configurado inadimplemento do devedor.

Nesse sentido, a inércia da empresa construtora, que não iniciou as obras com o trânsito em julgado da decisão da ação civil pública, e tampouco o fez após notificação da FGV incitando-a a fazê-lo, somada à comunicação das dificuldades financeiras enfrentadas, configuram, simultaneamente, dois suportes fáticos objetivos do inadimplemento anterior ao termo: a manifestação tácita de não querer adimplir e a manifestação expressa de não poder adimplir.

Diante de tais circunstâncias, não se pode exigir do credor que se mantenha passivo, e aguarde o transcurso do prazo ajustado para que, apenas quando do advento do termo, execute a cláusula resolutiva expressa. A rigor, em tal hipótese, não há sequer que se falar em pendência de termo, conforme já se afirmou em outra sede:

violada a prestação devida antes do advento do termo, o benefício deixa de merecer tutela do ordenamento jurídico, já que deixa de realizar a função para a qual foi concedido – conferir ao devedor prazo para adimplir perfeitamente a prestação devida, de modo a produzir o resultado útil programado e satisfazer o interesse do credor. O devedor, inviabilizando o adimplemento da prestação – por declarar que não adimplirá, por tornar impossível a prestação ou por

inutilizá-la para o credor –, perde o benefício, já que o termo não exerce mais sua função.⁹

Com efeito, a perda do benefício do termo implica a imediata exigibilidade da prestação, razão pela qual a FGV, ao constatar o transcurso, *in albis*, do prazo fixado na notificação, pode valer-se dos instrumentos de tutela do seu interesse reconhecidos pelo ordenamento jurídico, dentre os quais, a execução da cláusula resolutiva expressa.

Presentes os três pressupostos, autorizada a FGV a exercer o direito potestativo extintivo decorrente da cláusula resolutiva expressa. O exercício efetivo da cláusula constitui, a rigor, faculdade do credor. Verificado o inadimplemento, colocam-se duas possibilidades: exigir o cumprimento do contrato ou resolvê-lo. A ele, e apenas a ele, cabe optar, de forma soberana, entre uma ou outra alternativa, pelo que é defeso ao magistrado permitir a purga da mora ou oferecer qualquer solução diversa daquela legitimamente pleiteada pelo credor. Nesse sentido, esclarece Aurora Martínez Flórez:

*(...) la citada cláusula impide que los tribunales puedan conceder un nuevo plazo al deudor para el cumplimiento en el supuesto de que consideraran que existen causas justificadas para ello; de manera que dichos pactos excluyen o, al menos, limitan las facultades de apreciación judicial em favor del deudor.*¹⁰

3. A resolução extrajudicial como característica essencial da cláusula resolutiva expressa.

Diante do incumprimento definitivo, o credor pode optar entre exigir o cumprimento do contrato ou resolvê-lo. Para exercer o direito formativo extintivo, suficiente a declaração receptícia de vontade, daí já se produzindo, extrajudicialmente, o principal efeito da cláusula resolutiva expressa: a resolução.

⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 232.

¹⁰ FLÓREZ. Aurora Martínez. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Civitas: Madrid, 1999, p. 22.

Dirigida a declaração ao devedor em circunstâncias tais que lhe permitam conhecê-la, resolvida está a relação obrigacional.¹¹ Sob certas circunstâncias, a concomitância entre ciência (real ou potencial) da declaração e resolução pode ser afastada pelas partes, que devem ajustar contratualmente a partir de que momento a declaração recebida pelo devedor passará a produzir seus efeitos. A postergação dos efeitos da declaração deve ocorrer, sobretudo, no âmbito de prestações que assumam tamanha relevância na esfera de atividade do devedor, que sua interrupção pelo credor, abruptamente, poderia lhe causar prejuízos desproporcionais.

A declaração pela qual o credor comunica ao devedor a opção pela resolução não se confunde, de forma alguma, com a notificação para constituição em mora. Para exercer o direito formativo extintivo, suficiente a declaração receptícia de vontade, daí já se produzindo, extrajudicialmente, parte dos efeitos da resolução, dentre os quais a efetiva resolução do contrato, independentemente de qualquer intervenção do Judiciário.¹²

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.

¹¹ De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Junior, “A comunicação se aperfeiçoa ao ser levada ao conhecimento do devedor. Não se exige prova de que o devedor tenha tomado efetivo conhecimento da manifestação do credor, bastando que tenha sido posta concretamente à sua disposição” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Vol. VI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 406).

¹² “Tudo se passa fora do juízo. Porém, na discordância entre a existência da cláusula, seu conteúdo, seus efeitos, as partes poderão ir a juízo. (...) A sentença que julgar favoravelmente à ação do credor será meramente declarativa de seu direito e imporá as condições que da resolução decorrem” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil*, cit., p. 412).

As decisões do primeiro grupo não suscitam discussões, já que aplicam a disciplina da cláusula em sua plenitude: diante do incumprimento definitivo, o credor pode optar entre exigir o cumprimento do contrato ou resolvê-lo; ao optar pela resolução, deve comunicar ao devedor a opção eleita, por meio de declaração receptícia de vontade; recebida a declaração, resolvido está o contrato.¹³

Já o segundo grupo abarca decisões que exigem a observância de mais um requisito para a execução da cláusula resolutiva: a constituição em mora via notificação. Não se afigura suficiente, portanto, que o credor comunique ao devedor sua opção pela resolução; mostra-se indispensável que haja notificação do devedor para constituí-lo em mora, a oportunar sua purga e evitar, assim, a resolução do contrato. Desse grupo constam, dentre outras, decisões sobre arrendamento mercantil e residencial,¹⁴ alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis, e contrato de seguro.¹⁵

O equívoco técnico de tais decisões reside no fato de que a cláusula resolutiva expressa se aplica a casos de incumprimento definitivo, não já de mora, sendo com ela absolutamente incompatível. A constituição em mora pressupõe a possibilidade de prestar e a utilidade da prestação para o credor, situações que não se configuram no âmbito da cláusula resolutiva expressa, cujo pressuposto é, repita-se, o incumprimento definitivo. As duas situações são, portanto, excludentes: ou bem a prestação é possível para o devedor e útil para o credor,

¹³ Do primeiro grupo, constam decisões como a que segue: “Rescisão contratual. Cláusula resolutória. Notificação. Contrato de franquia para operação de sistema de telefonia, com comercialização de produtos e fornecimento de serviços. Ação das franqueadoras visando o reconhecimento de culpa da franqueada e condenação desta ao pagamento de multa contratual. Pedido de antecipação de tutela para compelir as franqueadas a cessar imediatamente o uso das marcas franqueadas e de outros sinais identificadores das franqueadoras. Indeferimento pelo juiz. Ainda que parem controvérsias de ambas as partes pendentes de apreciação judicial, o contrato de franquia não mais subsiste, encontrando-se rescindido ante a notificação promovida com base em cláusula resolutória expressa” (TJRJ, 18ª CC, A.I. 28363/2009, Rel. Des. Leila Albuquerque, julg. 19.1.2010).

¹⁴ Ao arrendamento mercantil aplica-se a Súmula 369, do 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”. A jurisprudência aplica a mesma súmula ao arrendamento residencial, por força da L. 10.188/2001, art. 10º: “Aplica-se ao arrendamento residencial, no que couber, a legislação pertinente ao arrendamento mercantil”.

¹⁵ Confirmam-se, nesse sentido, as seguintes decisões: STJ, 4ª T., REsp. 185.984/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 27.6.2002; STJ, 3ª T., REsp. 1.099.760/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 7.12.2010; STJ, 4ª T., REsp. 292.544/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 23.4.2013.

incorrendo o devedor apenas em mora, ou bem a prestação se impossibilitou por fato superveniente por culpa do devedor ou o credor perdeu o interesse na prestação, a autorizar a incidência da cláusula resolutiva expressa. Se o credor suscita a resolução do contrato quando presente suporte fático de mora, o faz indevidamente, e não merecerá a tutela do ordenamento jurídico.

É verdade que nos exemplos citados, a prestação a cargo do devedor é de pagar quantia certa, razão pela qual algum atraso no adimplemento não se mostra, de regra, suficiente para comprometer o interesse do credor na prestação, sendo possível a purga da mora. Por isso mesmo, em tais casos, não haveria sequer que se falar, ainda, em incumprimento definitivo, a afastar a aplicação da cláusula resolutiva expressa por ausência de um de seus pressupostos. Ademais, a maioria absoluta dos casos em que a notificação para constituição em mora é exigida encerra relação de consumo, a exigir, em alguma medida, a intervenção protetiva do Estado no sentido de evitar práticas abusivas contra os consumidores.

Situação bem diversa e que deve ser combatida é, no âmbito de relação paritária, uma vez constatado o atraso contratual e legitimamente previsto como suficiente para converter a mora *ex re* em inadimplemento absoluto, ter o credor que notificar o devedor para constituí-lo novamente em mora – que já não é mora, mas inadimplemento! –, como requisito para exercer seu direito formativo extintivo.

Há, todavia, situação peculiar em que, de fato, a cláusula resolutiva expressa só se faz atuar após a notificação para constituição em mora, mesmo nos casos de mora *ex re*, por força de lei: na promessa de compra e venda de imóveis loteados e não loteados.¹⁶ Forçoso reconhecer, no entanto, que grande parte das

¹⁶ DL 58/37, art. 14, § 1º (para as promessas de compra e venda de imóveis loteados): “Para este efeito será ele intimado, a requerimento do compromitente, pelo oficial do registro a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, juros convencionados e custas da intimação”. No mesmo sentido, o § 1º do art. 32 da L 6.766/79: “Para 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”. DL 745/69, art. 1º (para as promessas de compra e venda de imóveis não loteados): “Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro, de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de interpelação, judicial ou por

promessas de compra e venda de imóveis envolve aquisição da casa própria, razão pela qual a relevância do direito envolvido – habitação – justifica o tratamento especial dispensado pelo legislador ao adquirente.¹⁷⁻¹⁸

Das considerações expostas, cabe concluir que

Se o contrato possui cláusula resolutória expressa, há que se verificar se existe lei que imponha notificação e prazo para a emenda, ou se não há. Se lei regula, o prazo é o previsto, contado a partir da notificação. Caso não exista lei aplicável e a cláusula resolutória não dependa de notificação, a purga da mora pode ser feita até o momento em que incida a cláusula.¹⁹

Por fim, no último grupo se incluem decisões que desconsideram por completo a peculiar disciplina da cláusula resolutiva expressa, e não admitem resolução extrajudicial. Em sua maioria – mas não apenas –, trata-se de decisões cujo objeto também é a resolução de promessas de compra e venda de imóveis, de arrendamento mercantil e residencial. Tais decisões vão além da proteção que a lei (ou a jurisprudência, no arrendamento mercantil) já confere ao contratante ao exigir notificação para constituição em mora, e condicionam a resolução à decisão judicial.²⁰

intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 (quinze) dias de antecedência”.

¹⁷ De acordo com Carlos Konder, “mesmo hipóteses que se poderiam considerar enquadradas na esfera de mera tutela de interesse das partes encontram justificativa em interesses coletivos na medida em que a razão da intervenção reequilibradora passa a ser uma especificidade funcional do contrato em exame. Por exemplo, a cláusula resolutiva que priva o devedor do direito a purgar a mora, é especialmente abusiva por se tratar de um contrato de financiamento habitacional” (KONDER, Carlos Nelson, Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *RTDC*, vol. 43, Rio de Janeiro: Padma, jul-set/2010, p. 69).

¹⁸ “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” (STJ, 3ª T., REsp. 45.845/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 6.8.2002).

¹⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 142.

²⁰ “Direito civil e processual civil. Compromisso de compra e venda. Ação de ‘rescisão’ contratual cumulada com reintegração na posse. Liminar. Descabimento. Cláusula resolutiva expressa. Irrelevância. Caso concreto. Necessidade de declaração judicial. Precedente. Recurso desacolhido. I - A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a

Ao que parece, com as devidas vênias, há um erro de perspectiva. Embora se reconheça que semelhantes contratações envolvam, em sua maioria, especial interesse, e revistam-se de relevância social suficiente a justificar a intervenção do Estado, no sentido de reequilibrar a relação e tutelar o interesse do promissário comprador, é preciso atentar para o fato de que a própria lei já flexibilizou o rigor da disciplina do Código Civil, ao exigir notificação para constituição em mora.

O Decreto-Lei nº 745/69 exige notificação judicial, ou por intermédio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, do promissário comprador de imóveis não loteados para sua constituição em mora, mesmo que conste do contrato cláusula resolutiva expressa. Note-se que o Decreto-Lei não afasta a incidência da cláusula resolutiva expressa, mas apenas exige que a mora seja *ex personae*, e não *ex re*.²¹ O mesmo se passa no âmbito de imóveis loteados: o Decreto-Lei nº 58/37 exige, no art. 14, §1º, a intimação por oficial do registro para a constituição em mora, mesmo que se trate de mora *ex re*.²² A única peculiaridade que existe, portanto, é a necessidade de notificação do promitente comprador, nada mais; após a notificação, tudo deve se passar consoante a disciplina da cláusula resolutiva expressa.

necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel. II - A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a ‘rescisão’ (*rectius*, resolução) do contrato. Destarte, inadmissível a concessão de liminar reintegratória em ação de ‘rescisão’ de contrato de compra e venda de imóvel” (STJ, 4ª T., REsp. 204.246/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. DJ 24.2.2003). Confira-se, ainda, STJ, REsp. 620.787/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 28.4.2009; TJMG, 15ª CC, AI 1.0024.11.026503-0/001, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, julg. 19.5.2011; TJMG, 9ª CC, AI 1.0702.11.025067-8/001, Rel. Des. José Antônio Braga, julg. 7.6.2011.

²¹ DL 745/69, art. 1º (para as promessas de compra e venda de imóveis não loteados): “Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro, de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 (quinze) dias de antecedência”.

²² DL 58/37, art. 14, § 1º (para as promessas de compra e venda de imóveis loteados): “Para este efeito será ele intimado, a requerimento do compromitente, pelo oficial do registro a satisfazer as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, juros convencionados e custas da intimação”. No mesmo sentido, o § 1º do art. 32 da Lei 6.766/79: “Para 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”.

Algumas decisões mais recentes sustentam, ainda, que atentaria contra a boa-fé objetiva a resolução extrajudicial em tais hipóteses.²³ Não parece, todavia, violar a boa-fé objetiva previsão contratual de cláusula resolutive expressa em relação paritária. Se as partes, livre e legitimamente, inserem no contrato referida cláusula, e estabelecem o que reputam configurar incumprimento definitivo bem como a possibilidade de a resolução se operar extrajudicialmente, o fazem porque o princípio da autonomia privada assim o permite, e não há, ao menos abstratamente, violação de deveres impostos pela boa-fé objetiva, pelo que deve o Judiciário ser deferente às escolhas feitas pelas partes.²⁴ Não se afasta, contudo, a possibilidade de verificação, *in concreto*, de descumprimento de deveres laterais. Essa aferição, todavia, deve ser feita caso a caso, o que não acontece no dia-a-dia dos Tribunais.

A decisão em comento enquadra-se neste terceiro grupo de decisões, com o agravante de se tratar de promessa de compra e venda entre partes paritárias sem finalidade habitacional. Não há, portanto, qualquer necessidade de intervenção reequilibradora decorrente de especificidade funcional do contrato – intervenção esta, frise-se bem, que autorizaria apenas a exigência de notificação para constituição em mora previamente à aplicação da cláusula resolutive expressa, não já a necessidade de intervenção judicial para resolver o contrato, como se pretende nesta decisão.

Afirma o Ministro Relator em seu voto que “os precedentes desta Corte, transcritos na decisão da minha relatoria, proferida no agravo em recurso especial aludida no relatório, orientam-se no sentido da necessidade de prévia resolução do contrato de promessa de compra e venda, mediante o qual a posse

²³ “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 resolutive expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos” (STJ, 4ª T., REsp. 620.787/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.4.2009).

²⁴ A respeito da postura do Judiciário, pontua Raquel Salles: “O excessivo rigor evidencia a dificuldade de se assimilar, em nossa cultura jurídica, a autotutela contratual com eficácia resolutive, haja vista a prática corrente, e não raro absolutamente desnecessária, de se recorrer ao judiciário a fim de obter a chancela do Estado. No entanto, o que se pretende reforçar nesta sede é justamente o importante papel desempenhado pela cláusula resolutive expressa como eficiente mecanismo de defesa de interesses mercedores de tutela, especialmente naquelas relações contratuais que demandam celeridade na solução dos respectivos conflitos” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 187).

do imóvel foi transferida à outra parte.” A seguir, passa a transcrever ementas de acórdãos do STJ que condicionam a resolução à previa manifestação judicial, a despeito da presença de cláusula resolutiva expressa. Ora, o contrato já foi resolvido extrajudicialmente, com o transcurso do prazo constante da notificação feita pela FGV à ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A, *in albis*. Se a empresa construtora discorda dos termos da cláusula ou se entende ausentes os pressupostos necessários à sua aplicação, é ela que deve ajuizar demanda suscitando referidas questões, e submeter, aí sim, ao Judiciário, a análise da cláusula e o eventual afastamento da resolução extrajudicial. O ajuizamento de demanda pela Fundação só se faz necessário para a reintegração de posse, nada mais.

Note-se bem. Não se trata de impedir a atuação do Judiciário em resolução de compromisso de compra e venda do qual conste cláusula resolutiva expressa. Aliás, não é essa a consequência da pactuação da referida cláusula em qualquer circunstância. Propugna-se, apenas, a integral aplicação da disciplina pertinente, de sorte a considerar resolvido o contrato depois de transcorrido o prazo para purga da mora, quando houver notificação, ou do recebimento da declaração receptícia pelo devedor, por meio da qual o credor exerce seu direito potestativo e opta pela resolução.

Se há, portanto, necessidade de reintegração de posse, o credor ajuíza demanda com essa exclusiva finalidade. A exigência deste ajuizamento não torna necessário, entretanto, que o credor também recorra ao Judiciário para obter a resolução do contrato, sobretudo no âmbito de relações paritárias, a exemplo da que ora se analisa: resolve-se o contrato extrajudicialmente e ajuíza-se a ação para a reintegração, com possibilidade de antecipação de tutela.²⁵

4. O equívoco da aplicação da acessão invertida ao caso concreto

²⁵ José Geraldo de Jacobina Rabello admite o deferimento liminar da reintegração da posse, mas indica três providências a serem tomadas pelo magistrado: verificação da prova do alegado inadimplemento, a autorizar a resolução extrajudicial; ordenar ao requerente da antecipação de tutela a prestação de caução idônea; assegurar que o dito inadimplente não perca a totalidade das prestações pagas (RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Cláusula resolutoria expressa nos contratos. *Revista Forense*, vol. 101, n. 380, Rio de Janeiro, jul-ago/2005, pp. 489-490).

Por reputar necessária a intervenção judicial para a aplicação da cláusula resolutiva expressa – o que não ocorreu –, entendeu o STJ não ter havido resolução do contrato de promessa de compra e venda, e tampouco o esbulho por parte da empresa construtora, razão pela qual não se justificaria a reintegração de posse requerida pela FGV. Todavia, tendo em vista o adiantado das obras realizadas de boa-fé no terreno, já que levadas a cabo com base na reintegração liminar na posse deferida pelo juízo de 1º grau, a Terceira Turma manteve a Fundação na posse do imóvel sob o argumento de que teria havido aquisição da propriedade do solo por acessão invertida, nos termos do parágrafo único do art. 1.255 do Código Civil.²⁶

Trata-se a acessão invertida de instituto introduzido pelo legislador de 2002, pelo qual se inverte o princípio *superficies solo cedit* em homenagem à utilidade social e econômica da construção, em detrimento do valor do solo. A inovação veio ao encontro de possibilidade já vislumbrada pela doutrina, e concretizou o princípio constitucional da função social da propriedade.²⁷

Embora a manutenção da FGV na posse do terreno esteja correta, seu fundamento está equivocado. A Fundação deveria, de fato, permanecer na posse do imóvel, mas sob o fundamento reconhecido pelo juízo de 1º grau após reconsideração: o retorno ao *status quo ante* decorrente da resolução extrajudicial do contrato.

Note-se, portanto, que nesta hipótese, não há que se falar em indenização da FGV à ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S/A por força da suposta acessão invertida, mas em recuperação, por ambos os contratantes, daquilo que prestaram.²⁸ Referido efeito restitutivo das prestações efetuadas é decorrência

²⁶ “Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 550-551.

²⁸ Larenz afirma que “*en caso de que una parte haya realizado ya su prestación, p. ej, que haya pagado el precio de la venta, la intención de las partes se dirigirá a la restitución de las prestaciones. No se originan en estos supuestos pretensiones de enriquecimiento, sino que corresponde a la voluntad de las partes admitir, por regla general, una relación contractual*”.

da retroatividade da resolução. De fato. Sendo a resolução o desfazimento da relação obrigacional, por incumprimento definitivo de uma das partes, ínsita a necessidade de reposição das circunstâncias como eram antes, “razão pela qual não se pode colocar em dúvida a retroatividade dos efeitos do ato que resolve a relação, tirante os casos de obrigações com prestações duradouras, que somente se resolvem para o futuro (resilição)”.²⁹

5. Conclusão

A análise do acórdão proferido nos autos deste Recurso Especial nº 1.342.754 revela a orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça segundo a qual, mesmo diante de cláusula resolutiva expressa, a resolução se subordina à manifestação judicial. Descaracteriza-se, assim, a cláusula resolutiva expressa, equiparando-a, quanto ao seu principal efeito, à cláusula resolutiva tácita. Desvirtua-se a disciplina da cláusula, e impõe-se ao credor a penosa tarefa de socorrer-se do Judiciário para fazer valer seu direito quando, a rigor, quem deve recorrer ao Judiciário é o devedor, se discordar da aplicação da cláusula. Fere-se a autonomia privada, apesar de inexistir qualquer justificativa técnica para tanto. Trata-se de orientação prejudicial à celeridade e segurança jurídica.

Há, portanto, que se interromper a questionável prática judicial no sentido de judicializar o que é insindicável e desconsiderar a autonomia privada, preterindo a disciplina traçada pelas partes – com os devidos abrandamentos legalmente impostos em casos especiais, conforme apontado. A presença da referida cláusula resulta de escolha prévia das partes quanto aos mecanismos de tutela de que disporá o credor em caso de incumprimento definitivo, a restringir a possibilidade de o juiz reavaliar tal escolha. Sempre será permitido ao magistrado analisar o merecimento de tutela da cláusula redigida pelos contratantes, mas é preciso cuidar para que, ao fazê-lo, não se substitua à vontade inicial das partes, alterando a disciplina contratual e,

de restitución (...)” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. t. 1, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 443).

²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 252.

consequentemente, o próprio equilíbrio do contrato, uma vez que a presença da cláusula resulta de complexa equação que envolve distribuição dos riscos contratuais e cláusulas econômicas.

A resolução extrajudicial, em casos tais, não viola, de regra, a boa-fé objetiva. Ao contrário. A aplicação da disciplina estabelecida pelas partes vai ao encontro da imposição, pela boa-fé objetiva, de lealdade entre os contratantes; desleal é o comportamento de devedor que, vendo-se em situação desconfortável, pretende o afastamento de disposições contratuais com as quais aquiesceu quando da celebração da avença, a fim de alcançar situação mais favorável, no Judiciário, e embaraçar a efetivação de direitos legítimos pelo credor.

Como citar: TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/clausula-resolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial/>>. Data de acesso.