

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. José Fernando Simão

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Associado Dr. José Fernando Simão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária*. 345 páginas. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do risco contratual, em especial na perspectiva da incorporação imobiliária. O trabalho encontra-se dividido em três partes. Nesses termos, na parte 1, procuramos delimitar o risco contratual e algumas de suas principais implicações aos negócios jurídicos. Na parte 2, realizamos a investigação de alguns instrumentos legais e convencionais que podem auxiliar os contratantes na melhor forma de gestão do risco contratual na atividade da incorporação imobiliária. Ao final, na parte 3, procuramos separar os principais riscos a que incorporador, proprietário do terreno e adquirente estão sujeitos, procurando delimitar a melhor forma de sua gestão e interpretação.

Palavras-chave: negócio jurídico; contrato; incorporação imobiliária; risco contratual; riscos próprios do contrato; alocação de riscos.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contractual risk and the real state development*. 345 pages. Doctorate Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

ABSTRACT

The purpose of the present work is the study of contractual risk, especially in the perspective of real state development. The thesis is divided into three parts. In these terms, part 1 focus on delimiting contractual risk and some of its main implications into contracts. Part 2 investigates some of the legal and conventional instruments which may support contractors in achieving an efficient way of managing the contractual risk in the activity of real state development. At last, in part 3, the aim was to separate the major existing risks involving developers, owners and acquirers, in order to delimit the most effective way of its management and interpretation.

Keywords: legal business; contract; real estate development; contractual risk; risk allocation.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Il rischio contrattuale e la sua prospettiva sullo sviluppo immobiliare. 345 pagine. Dottorato – Facoltà di giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2021.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone di studiare il rischio contrattuale, soprattutto dal punto di vista dello sviluppo immobiliare. Il lavoro è diviso in tre parti. In questi termini, nella parte 1, si cerca di delimitare il rischio contrattuale e alcune delle sue principali implicazioni per i negozi giuridici. Nella parte 2, svolgiamo l'indagine di alcuni strumenti legali e convenzionali che possono aiutare le parti a gestire al meglio il rischio contrattuale nell'attività di sviluppo immobiliare. Alla fine, nella parte 3, si cerca di separare i principali rischi a cui sono soggetti lo sviluppatore, il proprietario del terreno e l'acquirente, cercando di definire il modo migliore per gestirli e interpretarli.

Parole chiave: negozio giuridico; contratto; sviluppo immobiliare; rischio contrattuale; rischi inerenti al contratto; allocazione del rischio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), seus professores, alunos e funcionários. Também sou grato, particularmente, aos professores Claudio Luiz Bueno de Godoy e Marco Fábio Morsello, pela leitura atenta e sugestões de melhorias à pesquisa na oportunidade da banca de qualificação do presente trabalho.

Embora eu tenha tido o privilégio de cursar as aulas do doutorado em período pré-pandêmico e, portanto, de forma presencial, a elaboração da tese foi realizada, em grande parte, ao longo da pandemia.

O fechamento das bibliotecas impôs árdua tarefa de pesquisa aos estudantes. Embora, de fato, muitas obras tenham sido disponibilizadas no ambiente eletrônico nos últimos meses, os acadêmicos tiveram dificuldades de acesso às obras mais antigas e clássicas. Nesse sentido, agradeço imensamente o encaminhamento de material bibliográfico digitalizado pelas bibliotecas do Senado Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Também agradeço às bibliotecas da Procuradoria-Geral da República de Portugal e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo possível acesso presencial em momentos difíceis e, também, pelo apoio incondicional dos funcionários no envio de material digital. Agradeço, ainda, à Prof. Dra. Paula Vaz Freire, por me conferir a oportunidade de estar alguns dias em gabinete na biblioteca da FDUL.

Agradeço aos amigos que conquistei ao longo dos últimos anos na pós-graduação da FDUSP, em especial, Rogério Tucci, Bruna Leite, Maurício Bunazar, Maurício Lacerda, João Biazzi, Sérgio Nascimento, Fábio Rocha Pinto e Silva, Ermiro Neto, dentre tantos outros com quem tive e tenho o privilégio de conviver.

Certamente o desafio para elaboração do presente trabalho somente foi possível em razão do apoio de amigos conquistados no IBRADIM, especialmente André Abelha, Luciana Ismael, Ricardo Campelo, Bernardo Chezzi, Ulisses Penachio, Joana Coutinho, Olivar Vitale Júnior, Marcus Vinícius Motter Borges, Marcelo Barbaresco, dentre outros diversos colegas com quem o instituto permitiu uma verdadeira e profícua amizade.

Aos amigos do escritório Junqueira Gomide & Guedes que, nesse desafiador ano, completou 10 anos de existência, agradeço a compreensão e paciência. Nesse sentido, cumprimento meus sócios Matheus Colacino, Bruno Dragone e Fábio Guedes.

À amiga e colega Roberta Resende, agradeço a amizade e a disponibilidade para realizar revisão ortográfica deste e de tantos outros trabalhos de minha autoria.

Ao amigo Melhim Namem Chalhub, registro publicamente a minha enorme admiração, agradecendo não apenas pela amizade e troca acadêmica, mas por ser pessoa tão inspiradora e certamente um enorme exemplo para jovens estudantes, advogados e acadêmicos.

Ao professor José Fernando Simão, padrinho de casamento, orientador na graduação, mestrado, doutorado e na vida pessoal, registro o meu profundo agradecimento. Simão foi um divisor de águas na minha vida, a ele serei eternamente grato pela oportunidade e confiança.

Aos meus pais, Tito Lívio Ferreira Gomide e Stela Mascarenhas Junqueira Gomide agradeço o apoio, suporte e torcida. Especialmente à minha mãe, obrigado pelo carinho aos meus filhos nos diversos momentos em que tive de me ausentar em razão do presente trabalho. Aos meus irmãos e cunhadas que, embora hoje estejam distantes fisicamente, sinto orgulho por terem se tornado pais, esposas e maridos carinhosos, além de me proporcionarem enorme alegria com meus sobrinhos e afilhados.

Por fim, à Letícia, meu amor, minha esposa e melhor amiga, obrigado pela paciência e cumplicidade. Após conclusão de dois mestrados e um doutorado, reconheço a importância de estar mais perto da família. Aos meus filhos Joaquim e Helena, espero que possam, no futuro, compreender que todo e qualquer esforço e luta é pensado em nossa família! Amo vocês!

São Paulo, 23 de dezembro de 2021.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Gomide, Alexandre Junqueira

O risco contratual e sua perspectiva na
incorporação imobiliária ; Alexandre Junqueira Gomide
; orientador José Fernando Simão -- São Paulo, 2021.
345 f

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2021.

1. risco contratual. 2. contratos. 3. incorporação
imobiliária. 4. negócio jurídico. 5. alocação de
riscos. I. Simão, José Fernando, orient. II. Título.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE 1 – O RISCO CONTRATUAL	18
1.1 O risco e suas diferentes acepções	18
1.2 O risco e a incerteza	28
1.3 O risco e o equilíbrio contratual.....	35
1.4 O risco e os defeitos do negócio jurídico	46
1.4.1 O risco e a lesão	46
1.4.2 O risco e o estado de perigo.....	56
1.4.3 O risco e o erro.....	61
1.5 O risco e a resolução/revisão dos contratos	69
1.5.1 A resolução/revisão dos contratos no Código Civil.....	69
1.5.1.1 Da legitimidade para o pedido de revisão contratual	74
1.5.1.2 Dos requisitos para a resolução (ou revisão) do contrato nos termos do artigo 478, do Código Civil.....	81
1.5.1.3 Dos requisitos autorizadores da revisão contratual nos termos do artigo 317, do Código Civil.....	88
1.5.1.4 O empobrecimento do devedor e a revisão contratual	92
1.5.1.5 A revisão judicial dos contratos aleatórios.....	105
1.5.2 Os riscos próprios do contrato e sua avaliação como requisito para a revisão contratual.....	112
1.6 Incompletude, risco contratual e <i>contract design</i>	135
PARTE 2 – MECANISMOS DE ALOCAÇÃO E GESTÃO DO RISCO CONTRATUAL	143
2.1 Elementos acidentais do negócio jurídico	144
2.2 Cláusula resolutiva expressa	149
2.3 Cláusula penal.....	162

2.4 Cláusula de arrependimento e arras	169
2.5 Cláusula <i>hardship</i> e o dever contratual de renegociação contratual.....	175
2.6 Cláusula contratual de limitação e exclusão de responsabilidade civil	183
2.7 Eleição das regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração	195
2.8 Garantias ao cumprimento das obrigações	203
2.9 Seguro	211
PARTE 3 – RISCOS CONTRATUAIS NA PERSPECTIVA DA INCORPORAÇÃO	
IMOBILIÁRIA E FORMAS DE GESTÃO	224
3.1 A incorporação imobiliária e o risco.....	224
3.2 Os riscos contratuais a que o incorporador imobiliário está sujeito	229
3.2.1 Os riscos na obtenção de titularidade sobre o terreno.....	229
3.2.2 Os riscos de insucesso de vendas do empreendimento	240
3.2.3 Os riscos decorrentes da extinção contratual e unilateral por iniciativa do adquirente.....	243
3.2.4 Os riscos operacionais.....	261
3.3 Os riscos contratuais a que o proprietário do terreno está sujeito	271
3.3.1 Os riscos da transferência da titularidade do imóvel ao incorporador e de responsabilidade civil perante os adquirentes	271
3.3.2 Os riscos de revisão das prestações a que o incorporador se obrigou.....	283
3.4 Os riscos a que os adquirentes das unidades imobiliárias estão sujeitos	288
3.4.1 Os riscos decorrentes do atraso, interrupção das obras ou excussão do terreno e das acessões por possíveis credores da incorporadora	288
3.4.2 Os riscos decorrentes da resolução culposa por fato atribuível ao adquirente.....	295
CONCLUSÃO	306
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	312

Contratar é perigoso e, por isso, atraente: cada parte sabe, de antemão, que o seu grande sucesso acarreta o insucesso da outra parte, e assim por diante. Defender, entre as partes, a existência de uma comunidade de interesses releva, nos contratos patrimoniais, o mais das vezes, de um jusromantismo sem correspondência nas realidades e que, como tal, deve ser abandonado, enquanto instrumento técnico-jurídico¹.

¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha. (S.N), Lisboa, 1989. p. 319.

INTRODUÇÃO

A orientação contemporânea do direito contratual situa o contrato com mecanismo de gestão de riscos. Assim, os negócios jurídicos firmados pelos particulares têm por finalidade repartir riscos e fixar responsabilidades. Nesse sentido, atribui-se aos contratantes as consequências deflagradas por fatos que, embora no momento da contratação pudessem ser conjecturados, sua ocorrência não era precisamente cabal².

Nessa esteira, o domínio dos contratos é marcado pelo risco. Apesar de alguns contratos serem caracterizados em sua origem e em seu objeto por riscos mais acentuados, não há contrato sem risco³. Embora os contratantes ingressem na relação contratual com expectativas de ganho, desconhecem o resultado econômico final, isto é, não sabem se o lucro projetado será alcançado ou se amargarão prejuízos financeiros então impensáveis. Assim, a incerteza⁴ quanto às perdas e aos ganhos é intrínseca aos contratos⁵.

² Nesse sentido, vide: TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 143-144.

³ Segundo Carlos Ferreira Almeida “[...] todos os contratos obrigacionais envolvem um maior ou menor grau de risco derivado do comportamento da outra parte, das circunstâncias futuras que afetam o valor objetivo ou subjetivo dos bens, das características do objeto recebido ou a receber, das garantias prestadas”. (ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos III: Contratos de Liberdade, de Cooperação e de Risco*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 159).

⁴ A respeito das incertezas dos ganhos e expectativas a respeito do contrato, Mariana Fontes da Costa defende que “[...] o risco corresponde a uma situação de incerteza acerca da potencial ocorrência de um evento gerador de prejuízo, que o sujeito terá de suportar na qualidade de titular de uma determinada posição jurídica. Encontra-se associada, por um lado, a possibilidade de verificação de um evento juridicamente relevante, gerador de um sacrifício ou dano, e por outro, a necessidade de imputação desse dano a um patrimônio, sobre o qual o ordenamento jurídico fez recair o perigo da ocorrência. Enquanto ato de planificação do futuro, o contrato constitui um instrumento de acautelamento contra um conjunto de incertezas potencialmente prejudiciais, mas implica, simultaneamente, a assunção de um outro conjunto distinto de riscos. A criação e distribuição de riscos faz parte da própria natureza do contrato, pela função de cristalização de condutas que promove, numa realidade não totalmente perceptível e mutável. Nestes termos, se por um lado o contraente se protege contra a eventualidade de determinadas ocorrências nefastas suscetíveis de prejudicarem a satisfação dos seus interesses, fazendo recair as consequências dessas ocorrências sobre a esfera da contraparte, por outro lado esse mesmo contraente fica, também ele, exposto ao perigo da ocorrência de eventos incertos com efeitos prejudiciais sobre as visionadas vantagens pretendidas da contratação. [...] o operador contrata por acreditar que a vantagem obtida com a prestação a que tem direito (independentemente dos prejuízos sofridos ou vantagens obtidas pela contraparte) supera a desvantagem da contraprestação e dos riscos que ele identifica como potenciais prejuízos acrescidos emergentes do contrato”. (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 374-375).

⁵ Como bem referido por Aline de Miranda Valverde Terra “[...] ao contratar, as partes ignoram as vicissitudes que podem atingir o contrato e desconhecem se o seu desfecho lhe será favorável ou não. Por isso mesmo, a materialização dos riscos que orbitam o negócio assombra diuturnamente os contratantes, que podem ter seus interesses não satisfeitos por razões alheias à sua conduta”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 50).

Em razão de riscos já conhecidos, o próprio Código Civil possui ferramentas legais para proteção dos contratantes. Nesse sentido, estabelece, por exemplo, a possibilidade de o credor enjeitar a coisa por vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor (art. 441) e atribui, ao alienante, garantir os riscos decorrentes da evicção (artigo 447). Além disso, permite, em razão de onerosidade excessiva e presentes alguns requisitos, a revisão (artigos 317) ou resolução do contrato (artigo 478).

No âmbito dos contratos em espécie, ao firmar contrato de compra e venda de bem móvel, considerando que o contrato em si não transfere a propriedade, qualquer perda ou deterioração da coisa, antes de ocorrida a tradição, será suportada pelo vendedor, na qualidade de dono da coisa, diante da regra *res perit domino* (art. 492, do Código Civil⁶). Da

⁶ Não é objetivo do presente trabalho tratar de forma pormenorizada a respeito do risco de perecimento ou deterioração da coisa objeto da prestação. Contudo, vale ressaltar que o Código Civil português trata a questão de forma mais completa do que o Código Civil brasileiro. Segundo o artigo 796º: “1. Nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente. 2. Se, porém, a coisa tiver continuado em poder do alienante em consequência de termo constituído a seu favor, o risco só se transfere com o vencimento do termo ou a entrega da coisa, sem prejuízo do disposto no artigo 807º. 3. Quando o contrato estiver dependente de condição resolutiva, o risco do perecimento durante a pendência da condição corre por conta do adquirente, se a coisa lhe tiver sido entregue; quando for suspensiva a condição, o risco corre por conta do alienante durante a pendência da condição”. Na lição de Patrícia da Guia Pereira “[...] a regra geral, ínsita no n.º 1 do artigo, é a de que caso a coisa seja atingida por facto estranho às partes, o alienante é liberado de sua prestação (não entregando nada ou entregando a coisa tal como está), continuando, contudo, o adquirente vinculado à sua própria prestação, *maxime* ao pagamento do preço, apesar de não receber a coisa, ou receber uma coisa deteriorada. Essa solução é, como vimos, inspirada pela regra de que a constituição ou transferência de direitos reais se dá pelo mero efeito do contrato, nos termos do artigo 408º, pelo que o adquirente é proprietário, razão pela qual deve suportar na sua esfera o evento fortuito que atinge o objeto do direito de propriedade.” (PEREIRA, Patrícia da Guia. Cláusulas contratuais gerais abusivas e distribuição de risco. *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*. Junho de 2007. p. 104). A questão do risco de perecimento da coisa objeto da prestação, contudo, passou a ser controvertida a partir da edição da Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio, que foi transportado ao ordenamento português pelo Decreto-Lei nº 67/2003. Referido decreto trata de aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Segundo o art. 3º, n. 1 – “O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista *no momento em que o bem lhe é entregue*”. Assim, como articular o disposto no art. 796º, designadamente quando este faz correr o risco por conta do adquirente mesmo antes da entrega da coisa alienada, com este dever de entrega conforme? Em termos práticos, a questão seria saber se, caso a coisa a prestar se deteriore ou pereça em momento posterior à celebração do contrato, mas antes da entrega, esse risco correria por conta do comprador ou sempre por conta do vendedor, em consequência de este estar obrigado a uma entrega conforme? A doutrina portuguesa, a esse respeito, diverge, citando-se, especialmente, os posicionamentos de Paulo Mota Pinto, Menezes Leitão e João Calvão Silva. Os dois primeiros autores entendem que o legislador comunitário teve a intenção de determinar ao vendedor, suportar, até o momento da entrega, o risco da falta de conformidade da coisa vendida. (PINTO, Paulo Mota. *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda*. Lisboa, Instituto do Consumidor, 2002. p. 37) (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Caveat venditor? A directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. vol. I. Coimbra: Almedina, 2002. p. 263-303). João Calvão da Silva, por sua vez, afirma que a impossibilidade do cumprimento da obrigação de entrega conforme, pontual, em virtude de perecimento ou deterioração da coisa por caso fortuito ou força maior não entra no perímetro do dispositivo do Decreto e, portanto, o perecimento ou deterioração da coisa por fato não imputável ocorrido antes da entrega não libera o adquirente do preço. (SILVA, João Calvão. *Venda de bens de consumo*. Comentário. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75 e seguintes). A respeito do tema, imprescindível o estudo de AURELIANO, Nuno. *O*

mesma forma, tal como bem advertido por José Fernando Simão⁷, também suportará o risco da perda o comprador se este determina o envio ou a expedição da coisa comprada para determinado lugar (art. 494, do Código Civil)⁸.

Em alguns casos – a exemplo da relação de consumo – o legislador, considerando a vulnerabilidade do consumidor, conferiu previsão legal para proteção contratual ainda maior, permitindo, até mesmo, o exercício de direito potestativo para que a parte vulnerável possa, mesmo de maneira imotivada, arrepender-se da contratação à distância (art. 49, do Código de Defesa do Consumidor⁹). Essa mesma proteção, recentemente, também foi estendida para os adquirentes de bens imóveis na incorporação imobiliária (artigo 67-A, § 10, da Lei 4.591/1964¹⁰), possivelmente porque o legislador entendeu que em razão dos valores envolvidos na aquisição imobiliária, o adquirente precisa ter algum período de reflexão.

Mas ainda que previsto o direito de arrependimento para situações jurídicas específicas, isso não significa que, mesmo nesses casos, o risco seja absolutamente eliminado. Mesmo na aquisição de um bem pela internet, qualquer consumidor pode incorrer em alguns riscos (sejam eles jurídicos ou não), por exemplo, o risco de (i) o produto não ser entregue no prazo (ou nunca ser entregue); (ii) o produto ser entregue com vício, (iii) o produto adquirido lhe causar danos; (iv) o produto se mostrar totalmente inútil; (v) o pagamento para aquisição do bem deixar o consumidor em situação de dificuldade financeira, dentre outras situações.

Se a aquisição de produto pela internet pode trazer riscos ao consumidor (que já goza de relevantes instrumentos de proteção legal), imagine-se nos contratos empresariais¹¹, de

risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009. p. 20.

⁷ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 165.

⁸ Nesse caso, segundo José Fernando Simão, há tradição da coisa no momento da expedição, de modo que todos os riscos de perda ou deterioração passam ao comprador, pois já houve a transmissão da posse e o dono passa a ser o comprador. (SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 165).

⁹ Art. 49: O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

¹⁰ Art. 67-A, § 10º. Os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador permitem ao adquirente o exercício do direito de arrependimento, durante o prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem.

¹¹ Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, por contrato empresarial, “[...] há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. Ainda segundo o autor, o contrato existencial, por sua vez, é aquele

longa duração¹² em que as partes não possuem informações suficientes a respeito das dificuldades para o cumprimento das prestações recíprocas.

O presente trabalho tem por objetivo central o estudo do risco contratual, consubstanciado nas consequências a que os contratantes estão sujeitos, decorrente de fatos jurídicos que tenham implicação para o contrato, em razão de disposição legal ou convencional.

Além disso, também serão objeto de análise os instrumentos de gestão do risco legal e contratual. Vale ressaltar que a autonomia privada, a partir de diversos instrumentos, permite aos contratantes que façam a alocação dos mais diversos riscos, sejam eles riscos econômicos, riscos decorrentes de fatos oriundos da natureza, riscos de consequências advindas de fatos políticos, riscos de incumprimento, dentre outros, regulando no instrumento as consequências jurídicas dos fatos que podem ocorrer ao longo do

entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186).

¹² Como bem referido por Cristiano Zanetti “[...] quanto maior a duração do negócio, maior será o risco de sobrevirem fatos passíveis de causar impacto na sua economia. Consequentemente, a latitude de modificações circunstanciais compreendidas no risco assumido com a respectiva celebração passa a ser mais extensa, do que naturalmente decorre a maior dificuldade em caracterizá-las como extraordinárias e imprevisíveis”. ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 465. Tratando da relação do tempo com os contratos, Judith Martins-Costa afirma que “[...] o tempo está no cerne de todo e qualquer contrato, mas tem um peso particular nos contratos duradouros em que, nem sequer como ilusão, a fixidez se pode manter. Estes vivem no tempo dinâmico, móvel, compreendendo-se, assim, estarem muito fortemente sujeitos à sua ação. Entre seus traços peculiares está a suscetibilidade ao risco do desequilíbrio econômico motivado, pelos mais diversos fatores: financeiros climáticos, estratégicos, ecológicos, fiscais, políticos, e, inclusive, o risco do inadimplemento de outros contratos, especialmente quando integram cadeias contratuais complexas em que o inadimplemento de um contrato tem reflexo direto sobre os demais”. (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de ‘hardship’ e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. n. 25. abr.-jun. 2010. p. 12). Mariana Fontes da Costa fala do “potencial perverso do tempo sobre os contratos de execução não imediata”. Segundo a autora “o paradoxo insuperável do tempo no contrato é, então, a desconexão entre a rigidificação de comportamento futuro que este gera e a fluidez da realidade circundante que aquele comporta”. (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 26). Ainda a respeito dos contratos de longa duração, vide OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di diritto commerciale*. Vol. XLI, prima parte e vol. XLII, parte prima, 1943. p. 143 e seguintes e MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Ano 1 (2015), n. 1, p. 1247-1299.

cumprimento do contrato. Se o fato corresponder a suporte fático em que incida norma jurídica, ele possui pertinência e pode resultar em consequências jurídicas às partes.

Muitas vezes relegado ao estudo acadêmico e na interpretação do contrato, o risco contratual é elemento essencial na relação jurídica, de modo que a alocação dos riscos construída pelas partes se insere na causa concreta do contrato ou na racionalidade desejada pelos contratantes¹³. Tal como veremos ao longo deste trabalho, a intervenção judicial na alocação dos riscos definida pelas partes pode causar prejuízos a um ou a ambos os contratantes. Quando há mitigação judicial de risco assumido de forma refletida e consentida por uma das partes, a contraparte acaba obtendo vantagens, porque a alocação até então definida livremente pelas partes é alterada por agente externo à contratação.

Em contratos complexos e empresariais, quando há intervenção na balança dos riscos assumidos pelas partes, o magistrado (ou árbitro) acaba desconsiderando o que foi livremente assumido pelos contratantes, muitas vezes resultado de anos, meses ou semanas de tratativas. Assim, ao “reequilibrar” determinada prestação, o julgador pode eliminar (ou reduzir) o risco assumido por uma das partes, privilegiando a outra.

Apesar da relevância do tema, a doutrina brasileira, como bem ressaltado por Paula Greco Bandeira¹⁴, “dedicou poucas linhas ao exame do risco em matéria contratual e a jurisprudência nacional tampouco a enfrentou com o rigor dogmático desejável”.

Nos últimos anos, a doutrina brasileira produziu muitos textos acadêmicos a respeito do embate secular entre a proclamação de uma liberdade contratual plena e a busca por uma almejada justiça do contrato, através de uma intervenção supostamente corretiva para melhor equilíbrio das prestações¹⁵. Nesse embate, a discussão central é a verificação do papel e dos

¹³ Nesse sentido, vide TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 145.

¹⁴ BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

¹⁵ Conforme bem pontuado por Rodrigo da Guia Silva: “afirma-se que ‘a autonomia não é um valor em si’ ou, ainda, que ‘a autonomia não é um fim em si mesma’, formulações cujo propósito maior talvez consista justamente na afirmação da imprescindibilidade da ponderação da autonomia privada, em seu concreto exercício, com os demais valores tutelados pelo ordenamento. De outra parte, no que tange especificamente à liberdade contratual, proclama-se se a sua subordinação a limites internos, com o que se busca ressaltar que os ditos limites à liberdade contratual não são excepcionais e nem estranhos à sua configuração. Em realidade, a legitimidade do concreto exercício da liberdade contratual somente pode ser investigada a partir do seu cotejo com a inteira tábua axiológica constitucional”. (SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano. 9. n. 3.

limites da autonomia privada nas relações contratuais. Todavia, o estudo dos riscos contratuais assumidos pelos contratantes e a forma de alocação estabelecida no contrato não têm sido objeto de muita produção doutrinária, assim como muitas vezes, acabam sendo desconsiderados nos julgamentos pelos tribunais.

Se o risco contratual é relevante aos contratos em geral, imagine-se no âmbito da incorporação imobiliária, atividade de elevado risco aos contratantes, em que a contratação ocorre antes de o imóvel a ser edificado existir.

Nos termos da Lei 4.591/64 (art. 32), registrado o memorial de incorporação na matrícula do imóvel, o incorporador está autorizado a realizar a venda das futuras unidades autônomas de empreendimento que será erigido, ou seja, aliena imóvel ainda inexistente que, espera, seja concretizado no plano físico nos próximos anos.

Se é possível imaginar os riscos envolvidos ao adquirente que paga o preço (ainda que parcial) para adquirir algo ainda inexistente (e pode vir a não existir), também é de se imaginar o risco do incorporador ao prometer executar obra bem definida, em prazo determinado, não obstante dificuldades naturais, econômicas, financeiras e burocráticas para a sua concepção.

Atente-se, ainda, aos riscos assumidos por agentes externos à incorporação propriamente dita, tais como da instituição que financia a obra ou a aquisição das unidades ou, ainda, do corretor imobiliário que, após avançar longamente em tratativas para a venda da unidade, repentinamente, vê frustrada a comissão da corretagem em razão da perda repentina do interesse na aquisição da coisa.

Não se perca de vista que a Lei 4.591/1964 possui instrumentos que mitigam alguns riscos contratuais à parte mais vulnerável na incorporação imobiliária (o adquirente). A

2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/666/517> Acesso em: 08 fev. 2020). Vide, ainda: FRAZÃO, Ana. Liberdade de contratar e alocação de riscos. *Jota*. Publicado em 10/06/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020>. Acesso em: 23 set. 2020; LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). *Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013; OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; TEPEDINO, Gustavo. *O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos*. Soluções práticas de direito. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

exemplo disso, o patrimônio de afetação, conferido no art. 31-A, é instrumento relevante para a mitigação do risco de o comprador da unidade pagar o preço e não receber.

Sem prejuízo dos instrumentos legais, as partes possuem liberdade para se valerem de diversos outros mecanismos que permitem a alocação do risco contratual nos contratos que envolvem a incorporação imobiliária. A exemplo disso, no contrato de compra e venda (ou permuta) firmado entre o incorporador e o dono do terreno, as partes podem prever cláusula penal, cláusula resolutiva expressa, condições resolutivas e suspensivas, cláusula *hardship*, cláusula para a limitação de responsabilidade, dentre outros instrumentos que serão objeto de estudo neste trabalho. Se o estudo do risco contratual é relevante aos contratos em geral, torna-se amplificado na incorporação imobiliária.

O presente trabalho é dividido em três partes. A Parte 1 tem por objetivo enfrentar o risco contratual dos negócios jurídicos em geral. Na Parte 2, pretendemos estudar os mecanismos (legais e contratuais) de alocação do risco contratual. Por fim, os riscos contratuais específicos da incorporação imobiliária e sua gestão serão abordados na Parte 3.

PARTE 1 – O RISCO CONTRATUAL

1.1 O risco e suas diferentes acepções

Nuno Aureliano¹⁶, após detida pesquisa etimológica, assevera que a palavra risco pode constituir uma derivação das expressões latinas “*rixare*” (querela) ou “*resecare*” (cortar ou separar), embora uma aproximação ao grego atual “*rhizikon*” (acaso) seja também admissível¹⁷.

As derivações ocorrem não apenas na expressão, mas também em suas acepções. Segundo Menezes Cordeiro¹⁸, no grego de origem frísia, *riskus* exprimia um cofre, normalmente de madeira, onde se guardavam joias e dinheiro. Daí, passou-se ao latim *riscus*, onde tinha o mesmo sentido. Assim, Menezes Cordeiro afirma que “a ligação entre o *riscus* (cofre) e os perigos ou eventualidades em que ele poderia incorrer levou a que estes fossem designados por aquele, num fenômeno de contágio semântico conhecido, em linguística, como metonímia”¹⁹.

Sendo assim, em termos genéricos, o risco exprimia a vertente negativa da álea²⁰: a do perigo (*periculum*) de um mal, ou seja, a probabilidade de diminuição, numa situação previamente considerada. Segundo Menezes Cordeiro²¹, o risco pode ocorrer em uma de

¹⁶ AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação*: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009. p. 20.

¹⁷ Teresa Ancona Lopez afirma que a palavra risco entrou no inglês a partir do espanhol ou português, nos quais era usada para referir-se a velejar em águas não mapeadas. Assim, segundo a autora, o conceito de risco, que evoca a ideia de sorte no mar, teria, assim, sido utilizado pela primeira vez no direito em matéria de seguros marítimos. Mais tarde, a palavra risco foi utilizada nos negócios bancários e de investimentos para significar o cálculo das prováveis consequências das decisões sobre os investimentos para aplicadores ou mutuantes. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 22).

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Garantias*. vol. 10. Coimbra: Almedina, 2017. p. 31

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Garantias*. vol. 10. Coimbra: Almedina, 2017. p. 31

²⁰ Traçando o paralelo entre a álea e o risco, mas diferenciando os conceitos, Miguel Nuno Pedrosa Machado afirma que “[...] alea e risco, ainda que na linguagem comum sejam muitas vezes tomados como sinónimos, especificam-se no sentido que o primeiro conceito indica um estado onde é de esperar e temer conjuntamente a probabilidade de uma vantagem com a inerente probabilidade de uma perda, enquanto o segundo exprime o aspecto negativo desta situação de incerteza, na medida em que significa mais propriamente o perigo de um mal. Alea e risco são, pois, género e espécie da mesma expressão, pelo Direito, da incerteza relativa à produção de determinados efeitos serem danosos”. (MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Sobre cláusulas contratuais gerais e o conceito de risco. Separata da *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa, 1988. p. 59).

²¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Garantias*. vol. 10. Coimbra: Almedina, 2017. p. 32.

cinco eventualidades: (i) na supressão ou diminuição de uma vantagem; (ii) no não surgimento de uma vantagem; (iii) no aumento de uma desvantagem; (iv) no não-desaparecimento de uma desvantagem e (v) no desaparecimento menor de uma desvantagem.

Frank Knight²² sustenta que a palavra risco é comumente utilizada de forma solta para se referir a qualquer tipo de incerteza vista do ponto de vista de uma contingência *desfavorável*²³.

As acepções de perigo e dano ligadas ao risco também são verificadas pelos léxicos²⁴, que conceituam o risco como “*perigo* ou a possibilidade de perigo”, ou, ainda, com a “possibilidade de *perda* ou de responsabilidade pelo dano”.

Teresa Ancona Lopez²⁵ sustenta que o risco é o perigo eventual mais ou menos previsível, diferentemente da álea (imprevisível) e do perigo (real). Embora existam associações entre o risco e o perigo, autores portugueses que enfrentaram o tema estabelecem distinções entre os termos²⁶. Como bem referido por Carla Amado Gomes²⁷, “o risco é um

²² “The word ‘risk’ is ordinarily used in a loose way to refer to any sort of uncertainty viewed from the standpoint of the unfavorable contingency”. Tradução: “A palavra ‘risco’ é normalmente usada de forma solta para se referir a qualquer tipo de incerteza vista do ponto de vista da contingência desfavorável”. (KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. p. 233).

²³ De Plácido e Silva afirma que o risco, no sentido jurídico, exprime o sentido de *perigo* ou mal receado: é o perigo de perda. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 1.396). Kleber Zanchim, na mesma senda, ressalta que, no direito, a associação do risco a eventos negativos é usual e inúmeras vezes, também está vinculado à ideia de algum tipo de perda (ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 24). Luiza Petersen também aponta que o risco corresponde à vertente negativa da álea, ao perigo de uma perda (PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 82). Maria Luiza Mayer Feitosa, a seu turno, afirma que “[...] o risco corresponde, em suma, à plausibilidade de prejuízo financeiro, sub-reptícia e qualquer acordo e proveniente, via de regra, de acontecimentos inesperados que afetem os negócios, tomados isoladamente. Referem-se, portanto, a possibilidades genéricas de perdas específicas”. (MAYER FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. O contrato como regulador e como produtor de riscos. *Revista do programa de pós-graduação em ciências jurídicas da Universidade Federal da Paraíba*. vol. 4, n. 6, p. 62–85, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4507> Acesso em: 29 jun. 2021). Por fim, a esse respeito, remetemos o autor para a leitura de SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 26.

²⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.513.

²⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

²⁶ Pedro Melo, a seu turno, afirma que, enquanto “no caso do risco, a probabilidade de ocorrência de danos não pode ser suficientemente apreciada, nem de forma empírica, nem de forma cognitiva, no caso do perigo, pelo contrário, essa probabilidade de ocorrência de danos é susceptível de ser ajuizada”. (MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 71).

²⁷ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Direito Administrativo) – Faculdade de Direito

perigo pressentido, mas não comprovado; o perigo é um risco de altíssima probabilidade. A fronteira entre os dois é, teoricamente, a da previsibilidade, que se debate com o ineliminável obstáculo da finitude do conhecimento humano”.

As distintas acepções do termo fizeram Caio Mário da Silva Pereira²⁸ afirmar que o risco é um conceito “polivalente”²⁹. Em razão da abrangência do termo, não é matéria simples conceituar o risco. Como bem referido por Pedro Melo³⁰, “há complexidade semântica da palavra risco, fruto da sua polissemia e, porventura, também do seu uso frequente na linguagem comum”. Cunha Gonçalves³¹, por sua vez, aludia à “teoria dos riscos” como uma das mais obscuras do direito privado.

Em razão de tais complexidades e obscuridades, Pedro Melo³² classifica o conceito de risco como ‘conceito indeterminado’, ou seja, cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos³³.

da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007. p. 151. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/Risco&modifca%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

²⁸ Segundo o autor, o risco pode estar ligado não apenas ao perigo, mas, também, ao perecimento ou deterioração da coisa ou, ainda, pode figurar como elemento essencial ao contrato aleatório, de modo a distingui-lo do contrato comutativo. O risco, segundo o autor, também tem implicações para a responsabilidade civil. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 277).

²⁹ Teresa Ancona Lopez, no mesmo sentido, afirmou que a noção de risco é polissêmica, com conteúdo variável, aberto, indeterminado, dependendo da situação concreta. Segundo a autora, há riscos morais, sociais, políticos, econômicos, médicos, hospitalares, de desenvolvimento, do credor, do devedor, genéticos, etc. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 24). Na doutrina portuguesa, Patrícia da Guia Pereira afirma que “o risco tem um caráter relativo, no sentido em que haverá não um, mas vários ‘riscos’ juridicamente relevantes, dependendo do contexto em que o conceito surge. (PEREIRA, Patrícia da Guia. Cláusulas contratuais gerais abusivas e distribuição de risco. *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*. Junho de 2007. p. 91).

³⁰ MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 17.

³¹ CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil*. vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1931. p. 538.

³² Nas palavras do autor: Nas palavras do autor: “[...] por um lado, em face da ausência de um conceito normativo de risco genérico e uniformemente aplicável a todos os domínios do Direito e, por outro lado, em face das diversas configurações doutrinárias sobre a noção de risco, não apenas se reforça a ideia inicial de que o conceito de risco é multifacetado e, nessa medida, difuso, ambíguo, desconhecido, como se robustece consequentemente a importância de ser recortado um conceito operativo de risco. [...] A constatação que se acabou de fazer quanto ao cariz plurifacetado do conceito de risco, leva-nos logicamente a concluir que o mesmo se inscreve nos designados conceitos indeterminados”. (MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 64).

³³ John Adams diz que “[...] o risco chega de diversas formas. Além dos riscos econômicos – como aqueles encontrados no ramo de seguros – existem riscos físicos e riscos sociais, com inumeráveis subdivisões, tais como riscos políticos, riscos sexuais, riscos médicos, riscos de carreira, riscos artísticos, riscos militares, riscos motores, riscos jurídicos... A lista é tão grande quanto o número de adjetivos aplicáveis ao comportamento frente à incerteza”. (ADAMS, Jonh. *Risco*. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: SENAC, 2009. p. 56).

O fato é que o risco, tal como verificado, é normalmente ligado a um evento negativo³⁴. No direito, João Baptista Machado³⁵ aduz que o termo perigo pode ser empregado como possível prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica. Em relação ao risco em matéria obrigacional, imagina-se, inicialmente, o risco assumido por uma das partes com relação ao incumprimento da obrigação.

Isso porque quando as partes firmam contratos, fazem-no pensando nos benefícios que a contratação pode resultar, o que nem sempre acontece. Se o custo para o cumprimento da obrigação supera o resultado esperado, a parte terá que suportar o risco econômico negativo. Em alguns casos, quando esse risco é calculado e o contratante reconhece a possibilidade de o evento negativo tornar economicamente desinteressante a avença, costumamos dizer que ‘o contratante assumiu tal risco’.

Mas poucos autores advertem do risco de o benefício obtido ser superior ao que era esperado pelos contratantes. Nesse sentido, Kleber Zanchim³⁶ destaca que a materialização do risco para uma parte representa benefício para outra. Portanto, o risco será bom ou ruim, dependendo do ponto de vista com que for considerado. É por isso que alguns autores costumam qualificar o risco não como algo negativo, mas, sim, neutro. Como bem apontado por Luigi Balestra³⁷

³⁴ Embora o risco normalmente esteja ligado a um evento negativo, Pedro Melo ressalta que o risco também pode desembocar numa situação positiva, seja pela inexistência de danos que se tinham como possíveis e não se registraram, seja até pela ocorrência de circunstâncias benéficas. (MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 73).

³⁵ BAPTISTA MACHADO, João. Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada). *Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. vol. II. Coimbra, 1989.

³⁶ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 25.

³⁷ “L’agire umano, nel suo normale atteggiarsi in un sistema di relazioniu che anno necessariamente quale punto di riferimento il futuro – sai purê, tavolta, quale sîmplice proiezione di una situazione già verificatasi e tuttavia sconosciuta all’individuo – resulta sovente caratterizzato da um margine di incerteza di rischio. Se che, nel momento in cui si agisce, essendo gil sviluppi del futuro ancora incerti, vi è alea, vale a dire la possibilità que, in dependenza di ciò che accadrà si determini in situazione favorevele o sfavorele per l’individuo”. Ainda segundo o autor: “Il rischio, infatti, si manifesta nella sfera di ogni soggetto, incidendo sugli averi, sulla vita, sulla incolumità, indipendente dal fato que egli abbia stipulato un contrato: a tal proposito si parla di rischi extracontrattuale, come tale da contraporre al rischio contrattuale. E esso, tuttavia, è concepito in termini essenzialmente negativi, quale ‘pericolo di un danno che minaccia determinate persone’, tralasciando di considerare che il rischio, l’incerto, non esclude il verificarsi di una situazione favorevole per il soggetto. Il rischio di per sè é neutro; piuttosto, è la situazione alla qual eis rischio è connesso che incide sulla sfera del soggetto: a seconda che si verifici oppue no e nella misura in cui si verifica, l’evento dedotto determinerà una situazione di vantaggio o svantaggio per il soggetto in cuia gire intrinsecamente collegato ad esso”. Tradução: O risco, de fato, se manifesta na esfera de cada sujeito, afetando os bens, a vida, a segurança, independentemente ao fato que ele havia estipulado um contrato: a este propósito falamos de riscos extracontratuais, como forma de contrapor o risco contratual. No entanto, é concebido em termos essencialmente negativos, como um ‘perigo de dano que ameaça certas pessoas’, ignorando que o risco, o

A ação humana, no seu modo normal, insere em um sistema de relações que necessariamente tem o futuro como ponto de referência – mesmo que, às vezes, como uma simples projeção de uma situação já ocorrida e ainda desconhecida do indivíduo – é muitas vezes caracterizada por uma margem de incerteza de risco. De forma que, quando se age, visto que os desenvolvimentos futuros ainda são incertos, existe o risco, ou seja, a possibilidade de que, dependendo do que aconteça, resultar em situações favoráveis ou desfavoráveis para o indivíduo.

O Código Civil reproduz o termo ‘risco’ cinquenta e quatro vezes. Nem sempre o risco está atrelado a questões patrimoniais. A esse exemplo, o Código refere-se a riscos relacionados à vida (arts. 15, 1.540, 1.542, § 2º), à saúde (art. 1.557, III) e à segurança (art. 1.287, 1.305, parágrafo único, 1.306, 1.346, 1.936).

Ao tratar de questões obrigacionais ou contratuais, o termo risco previsto no Código Civil possui algumas previsões, como (i) risco de perecimento ou deterioração do objeto (art. 492, 494, 524, 583, 587, 753, § 2º, 1.358-G, V, 1.363, 1.942) (ii) risco decorrente da evicção (art. 448 e seguintes); (iii) risco envolvido nos contratos aleatórios em geral (art. 458 e seguintes); (iv) risco das partes nas relações empresariais (art. 1.085); (v) risco na empreitada de obra (art. 611 e 612) e (vi) risco no contrato de seguro (art. 757 e seguintes)³⁸.

incerto, não exclui a ocorrência de uma situação favorável para o sujeito. O risco em si é neutro; pelo contrário, é a situação a que o risco está ligado que afeta a esfera do sujeito: dependendo se ocorre ou não e na medida em que ocorre, o evento deduzido determinará uma situação de vantagem ou desvantagem para o sujeito”. (BALESTRA, Luigi. *Il contratto aleatorio e l’alea normale*. Padova: CEDAM, 2000. p. 1).

³⁸ Carlos Ferreira de Almeida descreve o termo risco como um vocábulo polissêmico na linguagem jurídica. Segundo o Autor, considerando apenas o regime jurídico dos contratos e das obrigações, registram-se no Código Civil Português, pelo menos os seguintes sentidos: risco de incumprimento (artigo 629º, nº 3, e 654º), risco de impossibilidade de prestação (artigo 795º e 815º), risco de insolvência (artigo 519º, nº 1, e 633º, nº 2), “risco(s) próprio(s) do contrato” na alteração das circunstâncias e, por remissão, no erro sobre a base do negócio (artigo 437º, nº1, e 252º, nº 2), risco de valor e de qualidade do objetivo (artigo 913º e seguintes, 957º, 1032º e seguinte, 1218º e seguinte), risco de perecimento ou deterioração do objetivo do contrato (artigo 796º, 797º, 807º, 938º, nº 1, alínea c), 984º, 1126º e 673º). (ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos III: Contratos de Liberdade, de Cooperação e de Risco*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 159). Menezes Cordeiro, por sua vez, aduz que o Código Civil separa o risco em cinco blocos: “(i) a responsabilidade pelo risco, no sentido de imputação objetiva de danos, isto é, independentemente de culpa: artigos 45º/1, 499º e 507º/1; (ii) o risco como eventualidade de perda ou deterioração de uma coisa ou da impossibilidade de uma prestação: diretamente 437º/1, 796º, 797º, 815º/1, 984º, 1126º/1 e 1.465º/1 ou por inversão: 807º/1 e 815º/1; (iii) o risco envolvido num contrato de seguro: 938º/1, 938º/3, 1429º/1, 1436º/1 e 1733º/1; (iv) o risco como potencialidade causadora de danos: 503º/1 e 506º/1; (v) o risco enquanto eventualidade agravada de insolvência: 519º/1; 633º/2 ou de atentado à integridade de um direito: 629º/3, 648º, 654º, 851º/1, 1352º/2. (MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 537). O mesmo autor, em outra oportunidade, também faz a separação dos riscos no Código Civil, citando-se, a título de exemplo, os riscos nos contrato de locação, parceria pecuniária, comodato, mútuo, depósito, empreitada e, também, na posse. (MENEZES CORDEIRO, António. *A crise e a alteração de circunstâncias*. *Revista de Direito Civil*. Ano 1 (2016), n. 1. p. 19-20).

Citem-se os riscos decorrentes de fatos ocasionados por caso fortuito ou força maior ou, ainda, situações imprevisíveis. Os contratantes podem estar sujeitos a *riscos de fatos naturais*, tais como praga, epidemia, abalo sísmico, tempestade, inundação, maremoto, ciclone, tornado, tufão, incêndio, raio, erupção vulcânica, ou ainda *riscos de fatos de terceiros* tais como guerra, invasão, bloqueios, conflitos armados, motim, revoluções, rebeliões, terrorismo, etc. Os riscos também podem estar relacionados a *atos de autoridades públicas*, ou seja, desapropriação, requisição, confisco, etc.³⁹.

Na responsabilidade civil, o termo risco pode ser entendido como a possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar reparação⁴⁰. Nesse sentido, a noção de risco da atividade empregada no artigo 927, parágrafo único do Código Civil⁴¹.

Em razão de sua abrangente aplicação na responsabilidade civil, diversas obras jurídicas estudam o risco nessa vertente. Nesse sentido, cite-se o trabalho de Flávio Tartuce⁴², que discorre a respeito das modalidades de risco na responsabilidade civil, citando

³⁹ AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação*: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009. p. 28-29.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 1, p. 250.

⁴¹ Nos termos do dispositivo “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Segundo Anderson Schreiber, “[...] o escopo do parágrafo único do art. 927 é impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que se verifica naquelas hipóteses em que há um elevado perigo de dano, seja por sua frequência, seja por sua intensidade”. SCHREIBER, Anderson. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 678. A hipótese do parágrafo único do dispositivo é de responsabilidade civil objetiva e, segundo, José Fernando Simão, “[...] tem por fundamento a teoria do risco, cujo resumo é o seguinte: todo prejuízo deve ser atribuído a seu autor e reparado por quem causou o risco, independentemente de ter agido ou não com culpa”. SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 64-76. Claudio Luiz Bueno de Godoy, por sua vez, afirma que muito antes do Código Civil de 2002, parte da doutrina já sustentava que a teoria do risco se assentasse sobre a ideia de perigo. Aduz, ainda, que o art. 872 do Projeto de Código das Obrigações de 1965 era quase uma reprodução do art. 2.050 do Código Civil Italiano. Godoy ainda faz referência a Carlos Alberto Bittar para dizer que o autor, ao tratar da responsabilidade civil nas atividades nucleares, defendia que se traduzisse por uma responsabilidade ‘carregada de perigo’. (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92-93). O perigo é tratado na responsabilidade civil pelos ordenamentos italiano e português. Segundo o art. 2.050, do Código Civil italiano: “Qualquer pessoa que causar danos a terceiros no exercício de uma atividade perigosa, pela sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados é obrigada a pagar uma indenização, se não provar que tomou todas as medidas adequadas para evitar o dano”. No original: “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati(1), è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”. Já o art. 493, n. 2 do Código Civil português determina: “Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.

⁴² TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco*: a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 127.

risco administrativo, risco criado, risco-proveito, risco profissional, risco-dependência e risco integral. Não se pode deixar de consignar, ainda, nessa matéria, as obras de Alvino Lima⁴³ e outras aqui já citadas, tais como a de Teresa Ancona Lopez⁴⁴ e a de Claudio Luiz Bueno de Godoy⁴⁵ e, mais recentemente Marco Fábio Morsello⁴⁶.

Mas quando tratamos do risco contratual, cuidamos dos riscos concernentes aos credores e devedores. Tal como nos ensina João Baptista Machado⁴⁷, são duas grandes regras sobre a distribuição do risco contratual. O devedor corre o *risco da prestação* e o credor corre o *risco da utilização*. O risco da prestação diz respeito às dificuldades que o devedor pode ter ao longo do cumprimento da obrigação, inclusive o agravamento do custo para o adimplemento. Já o risco da utilização é traduzido na possibilidade de a prestação já não servir ao fim a que se destinava ou da expectativa de ganho com a prestação não ser alcançada.

É de se destacar, contudo, que os contratantes estão sujeitos não apenas ao risco da prestação ou risco de utilização. Preliminarmente à formação dos contratos, as partes estão suscetíveis, como bem referido por Nuno Aureliano⁴⁸, ao ‘risco de sujeição para a celebração do contrato’. De fato, não obstante o proponente ter despendido tempo e dinheiro ao longo das tratativas, isso não significa que o oblato necessariamente tem de aceitar a proposta. É

⁴³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁴⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁶ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.021.

⁴⁷ Nas palavras do autor: “No risco da prestação são abrangidos o do agravamento do custo ou das dificuldades da prestação, enquanto esta se mantém possível *in natura*, o da perda do direito à contraprestação e o da perda dos dispêndios e esforços feitos com vista à prestação, quando esta se torne impossível. Na noção de agravamento dos custos ou dificuldades da prestação, abrangemos quer o risco de deterioração do objeto da prestação, quando este corra por conta do devedor, quer o risco do desperdício do valor-utilidade ou do rendimento da prestação, ou ainda de desperdício (desaproveitamento) de uma capacidade de prestar vinculada, por efeito do simples decurso do tempo. O risco de utilização da prestação, que recai sobre o credor, traduz-se em a prestação não servir para o fim a que se destinava, ou em não poderá ele utilizá-la para esse ou outro fim, por ter malogrado o seu plano de aplicação da mesma. Quando o plano obrigacional venha a falhar por contingência que atinja a prestação (em si, como conduta ou processo, ou no seu objeto), temos um risco de prestação, que é risco do devedor; quando o mesmo plano se frustra ou venha a falhar por contingências relacionadas com o uso da prestação pelo credor, ou com a esfera de vida ou com a empresa deste (atinentes, portanto, à participação deste na concreta execução da prestação), temos um risco de utilização, que é risco do credor. O risco da prestação onera o devedor, o risco de utilização recai sobre o credor”. (BAPTISTA MACHADO, João. Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada). *Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. vol. II. Coimbra, 1989. p. 86-87).

⁴⁸ AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do Direito privado português*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23.

possível que as tratativas se alonguem por muitos meses para, ao final, o oblato simplesmente informar que não há o interesse em firmar o contrato. Não havendo comportamento lesivo à boa-fé⁴⁹, o oblato é livre para aceitar (ou não) os termos do contrato. É mais um risco imposto ao proponente.

⁴⁹ Naturalmente que em determinadas situações, o rompimento imotivado das tratativas pode gerar dano à outra parte, sobretudo em razão da confiança gerada pela conduta do agente. Segundo José Gustavo Souza Miranda, para que a confiança violada mereça proteção do ordenamento jurídico, é necessária a presença de quatro elementos concomitantes, quais sejam: (i) a confiança deve fundar-se na conduta de outrem; (ii) ela deve ser justificada; (iii) o agente deve ter feito o chamado 'investimento de confiança'; e (iv) há um comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas (MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. In: Revista de informação legislativa, v. 39, n. 153, p. 131-149, jan./mar. 2002. A respeito da responsabilidade pré-contratual que pode gerar indenização em razão do rompimento injustificado das tratativas por comportamento lesivo à boa-fé, Paolo Gallo enumera diversas situações em que o rompimento das tratativas pode gerar indenização à contraparte. Ao final, contudo, o autor adverte que o livre exercício de não contratar não pode se tornar um obstáculo para quem não pretende seguir em determinada negociação. Nas palavras do autor: In assenza di una definizione degli esatti confini dell'istituto, il rischio è infatti quello di cadere nell'arbitrio più completo; la responsabilità precontrattuale, come temeva la dottrina maggioritaria all'inizio dell'XX secolo, ben può trasformarsi in una sorta di spada di Damocle che incombe su ogni trattativa, con il rischio di costituire un ostacolo eccessivo all'esercizio del diritto di recesso, che non dobbiamo dimenticarlo è e deve restare tendenzialmente libero [...] Tradução: Na ausência de uma definição dos limites exatos do instituto, o risco é, de fato, o de cair no árbitro mais completo; a responsabilidade pré-contratual, como a doutrina majoritária temia no início do século XX, pode muito bem se tornar uma espécie de espada de Dâmocles que paira sobre toda negociação, com o risco de constituir um obstáculo excessivo ao exercício do direito de rescindir as tratativas, o que não devemos esquecer que é e deve permanecer basicamente livre [...] GALLO, Paolo. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 264-267. A respeito do tema, vide RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DICOTOMIA TRADICIONAL. AQUILIANA E CONTRATUAL. REFORMULAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA QUEBRA DA CONFIANÇA. ORIGEM NA CONFIANÇA CRIADA. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE DETERMINADO COMPORTAMENTO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO FORMAL SUPERADA PELA REPETIÇÃO DE ATOS. JUIZ COMO PERITO DOS PERITOS. COORDENAÇÃO DAS PROVAS. ART. 130 DO CPC/1973.

[...] 6. A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma ratio da responsabilidade pré-contratual, cuja aplicação já fora reconhecida pelo STJ (REsp 1051065/AM, REsp 1367955/SP). O ponto que as aproxima é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza. O ponto que as diferencia é o fato de, na responsabilidade pré-contratual, a formalização de um contrato ser o escopo perseguido por uma das partes, enquanto que na responsabilidade pela confiança, o contrato, em sentido estrito, não será, ao menos necessariamente, o objetivo almejado. 7. No caso dos autos, ainda que não se discuta a existência de um contrato formal de compra e venda entre as partes ou de qualquer outra natureza, impossível negar a existência de relação jurídica comercial entre as empresas envolvidas, uma vez que a IBM portou-se, desde o início das tratativas, como negociante, com a apresentação de seu projeto, e enquanto titular deste, repassando à Radial as especificações técnicas do produto a ser fabricado, assim como as condições do negócio. 8. Com efeito, por mais que inexistia contrato formal, o direito deve proteger o vínculo que se forma pela repetição de atos que tenham teor jurídico, pelo simples e aqui tantas vezes repetido motivo: protege-se a confiança depositada por uma das partes na conduta de seu parceiro negocial. 9. Mostrou-se, de fato, incontroverso que os investimentos realizados pela recorrente, para a produção das peças que serviriam ao computador de bordo de titularidade da recorrida, foram realizados nos termos das relações que se verificaram no início das tratativas entre essas empresas, fatos a respeito dos quais concordam os julgadores de origem. [...] 13. Recurso especial parcialmente provido, para reconhecer a responsabilidade solidária da IBM - Brasil pelo ressarcimento dos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) à recorrente. (REsp 1309972/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJE 08/06/2017).

Por outro lado, é possível que as partes não tenham refletido com a necessária cautela antes de firmar o contrato. Firmado o contrato e após realizada melhor reflexão, é possível que os contratantes se arrependam da contratação. Esse risco é intitulado por Nuno Aureliano⁵⁰ como ‘risco de não reflexão ponderada quando da celebração do contrato’.

Mesmo após o cumprimento do contrato, as partes continuam sujeitas a outros riscos. Cite-se, por exemplo, o risco de o adquirente perder a propriedade em razão de evicção, risco de indenizar a parte contrária por danos causados pela coisa alienada, risco de responder por vícios ocultos, além de outras hipóteses.

Diante da abrangência do tema, preferimos tratar o risco contratual como a consequência jurídica a que os contratantes estão sujeitos em razão da verificação de fatos que repercutem na relação contratual. O risco contratual pode ter origem em fatos não propriamente jurídicos. Assim, a princípio, uma crise macroeconômica ou uma pandemia sanitária pode parecer um fato algo alheio ao direito. Contudo, tal fato pode ter repercussões no contrato. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo⁵¹

Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então *existência jurídica*. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda, sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, eficácia jurídica⁵².

⁵⁰ AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do Direito privado português*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23.

⁵¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

⁵² Segundo Pontes de Miranda “os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970 § 2º, n. 2. p. 6). O conceito de fato jurídico é brilhantemente explicitado pelo autor: “[...] o fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; [...] Os atos humanos são, por vezes, fatos jurídicos. São-nos também o transcurso do tempo, a morte, o nascimento, a destruição das coisas e a invasão definitiva de terras pelo mar. A regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático (destruição da casa, ou nascimento do animal doméstico, ou do homem), faz jurídico o fato”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970 § 23, n. 1. p. 77). Ainda a respeito do fato jurídico, vide MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. 2014. p. 163 e seguintes.

Nesse sentido, as partes podem estabelecer as consequências jurídicas advindas de determinada crise macroeconômica ou de uma pandemia, ou seja, a depender das disposições contratuais, um fato do mundo real pode ter repercussões jurídicas no contrato⁵³. Para tal verificação, Junqueira de Azevedo⁵⁴ afirma que o exame de qualquer *fato jurídico* deve ser feito em dois planos⁵⁵: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (plano da existência); depois, suposta a existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (plano da eficácia).

A esse exemplo, as partes podem estabelecer cláusula *hardship* determinando que qualquer variação cambial que possa alterar em até 20% (vinte por cento) o valor da prestação necessariamente impõe aos contratantes a renegociação. Ao assim procederem, as partes estipulam que a variação cambial é fato jurídico relevante ao contrato. Também é possível aos contratantes estabelecerem que se houver determinação do Estado para o fechamento do comércio, o aluguel de determinada loja de rua sofrerá redução de 50% do valor do aluguel.

Assim, ao trazerem risco decorrente de causas externas para o instrumento, as partes estabelecem risco contratual advindo de fatos que não guardam relação direta com a relação jurídica envolvida.

Ao longo do presente trabalho, procuraremos esmiuçar alguns dos principais riscos contratuais a que os contratantes estão sujeitos e, em especial, na incorporação imobiliária.

⁵³ Vicente Ráo também trata dos fatos que podem ter repercussões no direito. Segundo o autor “[...] são fatos naturais, ou fatos do mundo exterior, provocados por forças da natureza ou acontecimentos humanos alheios à vontade dos sujeitos cuja esfera jurídica, no entanto, atingem e dentro da qual produzem o nascimento, a aquisição, a modificação, ou a extinção de direitos ou obrigações. São fatos que agem direta e imediatamente sobre as pessoas, ou sobre as coisas, ou, em certos casos, sobre direitos e obrigações preexistentes”. (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. Anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999).

⁵⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23-24.

⁵⁵ Embora o *fato jurídico* seja analisado em apenas dois planos (existência e eficácia), o *negócio jurídico* deve, necessariamente, ser examinado nos três planos (existência, validade e eficácia). Essa explanação é didaticamente realizada por Antonio Junqueira de Azevedo “Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que os seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – o *plano da validade*, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24).

1.2 O risco e a incerteza

Na antiguidade, evento danoso era considerado “uma fatalidade, algo do acaso, do destino, externo e não controlado pelo indivíduo, dado pela natureza ou por forças divinas”⁵⁶. Tinha-se a concepção, portanto, de que o risco de um evento danoso era algo incontrolável. Isso se depreende da reflexão de Marco Fábio Morsello⁵⁷: “o risco não era uma opção, senão um destino inelutável, submetido à vontade dos deuses [...]”.

Todavia, essa concepção de impossibilidade de controle dos eventos danosos, ao longo dos anos, passou a ser mais bem compreendida e estudada pelo homem. Segundo Luiza Petersen⁵⁸, é justamente no período de transição da Idade Média para a Idade Moderna “que o ser humano desenvolve uma consciência objetiva do risco, que a possibilidade de um infortúnio passa a ser considerada, com maior intensidade, como uma incerteza em alguma medida previsível e controlável pelo ser humano”.

Peter Bernstein⁵⁹, em fascinante história a respeito do risco, relata que nos séculos XVII e XVIII, a França em particular foi o cenário de uma verdadeira explosão de inovação na matemática. Avanços no cálculo infinitesimal e na álgebra levaram a conceitos cada vez mais abstratos que forneceram a base de muitas aplicações práticas da probabilidade, caso da hereditariedade, do comportamento das moléculas, da condução da guerra e da previsão do tempo.

A partir de tais avanços, diversos estudiosos contribuíram com relevantes estudos de forma a desmistificar o risco. Cite-se, por exemplo, ‘o último teorema de Fermat’, de Pierre

⁵⁶ PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 74.

⁵⁷ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.021, p. 387.

⁵⁸ PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 75.

⁵⁹ BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses*. A fascinante história do risco. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 55.

Fermat⁶⁰ e o Triângulo de Pascal⁶¹. Da mesma forma, o estudo sobre amostragens, realizado por John Graunt, que registrou os óbitos na cidade de Londres a partir de 1603, e possibilitou diversos avanços no cálculo das probabilidades⁶². Tais estudos permitiram, segundo Bernstein⁶³, que ao longo dos anos, a feitiçaria deixasse de ser o método favorito de previsão.

A partir do século XVIII, o estudo das probabilidades foi incrementado pelos trabalhos de Daniel Bernoulli⁶⁴, autor que percebeu que as consequências de um resultado provável poderiam variar de pessoa a pessoa porque o sentimento rege a medição. Assim, as pessoas não medem os riscos de forma idêntica⁶⁵. Como bem ressaltado por Bernstein

[...] pessoas aventureiras atribuem grande utilidade à baixa probabilidade de ganhos imensos e baixa utilidade à probabilidade maior de perda. Outras atribuem pouca utilidade à probabilidade de ganho, porque sua meta principal é preservar o capital. Onde um vê tempo bom, o outro vê tormenta. Sem o aventureiro, o mundo progrediria bem mais lentamente. Pense em como seria a vida se todos tivessem fobias de raios, de voar de

⁶⁰ A teoria dos números é a análise da estrutura subjacente às relações de cada número individual, com todos os outros. Essas relações apresentam inúmeros enigmas, nem todos solucionados até agora. Por exemplo, os gregos descobriram o que denominaram números perfeitos, números que são a soma de todos os seus divisores, exceto eles próprios, como $6 = 1 + 2 + 3$ (BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 62). Fermat foi um dos fundadores da teoria dos números, tendo investigado, sobretudo, números perfeitos e amigáveis, números figurados, quadrados mágicos, triplos pitagóricos e, acima de tudo, os números primos. Não obstante o ‘último teorema de Fermat’, um dos mais importantes teoremas foi o ‘pequeno teorema de Fermat’, considerado obra prima de criatividade e um resultado com implicações espantosas. Confira, também, as informações desse matemático na página da Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa. Seminário Fermat: Teoria dos Números. Universidade de Lisboa. Disponível em:

https://webpages.ciencias.ulisboa.pt/~ommartins/seminario/fermat/teoria_dos_numeros.htm#:~:text=Fermat%20tornou%2Dse%2C%20desta%20forma,positivos%20e%20dos%20n%C3%BAmeros%20primos. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁶¹ O triângulo de Pascal é um triângulo aritmético infinito onde são dispostos os coeficientes das expansões binomiais. Os números que compõem o triângulo apresentam diversas propriedades e relações. Na antiguidade, esse triângulo era usado para o cálculo de algumas raízes. Mais recentemente, ele é utilizado no cálculo de probabilidades. Vide mais em BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 64 e GOUVEIA, Rosimar. Triângulo de Pascal. *TodaMatéria.com*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/triangulo-de-pascal/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁶² BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 80.

⁶³ BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 71.

⁶⁴ BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 104.

⁶⁵ A tese firmada por Bernoulli é que a utilidade é inversamente proporcional à quantidade de bens que possuímos. A tese, segundo Bernstein, descortina uma visão fascinante do comportamento humano e do modo como chegamos às decisões e opções em face do risco. (BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 111).

avião e de investir em empresas novas. É realmente uma sorte que os seres humanos difiram em sua atração pelo risco⁶⁶.

Jonh Adams separa os seres humanos em *homo prudens* e *homo aleatorius*. O *homo prudens* luta constantemente para evitar acidentes e sempre quando isso ocorre, se ele sobrevive, fica extremamente envergonhado e tenta, com a ajuda de conselheiros especialistas, aprender com seus erros. Assim, para todo acidente considerável é seguido de um inquérito sobre os eventos que o causaram, para garantir que nunca mais o acidente ocorra novamente. Já o *homo aleatorius* é o homem que corre riscos, e não faltam exemplos entre os ídolos do esporte e do mercado financeiro. A nossa propensão para correr riscos, ainda segundo Adams, advém de sabermos que “certeza demais é algo enfadonho, pouco gratificante e depreciativo”⁶⁷.

O estudo dos riscos certamente se desenvolveu com a tese de doutorado de Frank Knight defendida em 1916 e publicada em 1921, sob o título *Risk, uncertainty and profit*⁶⁸ (Risco, incerteza e lucro). Frank Knight foi o mais célebre autor que separou os conceitos de risco e incerteza.

A incerteza, segundo Frank Knight, decorre do desconhecido. Consoante Knight⁶⁹, temos um dogma de que o mundo é feito por coisas e que, sobre quaisquer circunstâncias, elas se comportam da mesma forma. Tal visão foi criticada pelo autor:

É um mundo de mudanças em que vivemos e um mundo de incertezas. Vivemos apenas conhecendo algo sobre o futuro; enquanto os problemas da vida, ou de conduta, pelo menos, surgem do fato de que sabemos tão pouco⁷⁰ [...] O mundo é feito de objetos que são praticamente infinitos em

⁶⁶ BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. 6. ed. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 105. Para John Adams “alguns gostam de viver perigosamente, como um motoqueiro ‘selvagem’ ou um piloto radical; outros gostam de viver tranquilamente, como um sujeito covarde, ou uma senhora idosa chamada ‘Prudência’. Mas ninguém quer o zero absoluto.” (ADAMS, Jonh. *Risco*. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: SENAC, 2009. p. 49).

⁶⁷ ADAMS, Jonh. *Risco*. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: SENAC, 2009. p. 50-51.

⁶⁸ KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. Para melhor compreensão da tese de Frank Knight, sugere-se ainda a leitura de MARTINS, Maria Inês de Oliveria. Da incerteza ao risco: as técnicas seguradoras e o seu referente, um diálogo com Knight. *Boletim de Ciências Económicas*. Homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes. Vol. LVII. Tomo 2. 2014. p. 2144-2210.

⁶⁹ KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. p. 204.

⁷⁰ “It is a world of change in which we live, and a world of uncertainty. We live only by knowing *something* about the future; while the problems of life, or of conduct at least, arise from the fact that we know so little

variedade, como agregados de qualidades sensíveis e modos de comportamento não imediatamente sensíveis. E quando consideramos o número de objetos que funcionam em qualquer situação de comportamento em particular e sua possível variedade, é evidente que apenas uma inteligência infinita poderia agrupar todas as combinações possíveis⁷¹.

A pandemia recente mostra-nos que, de fato, o incerto é mais recorrente do que podemos imaginar. Tal como assevera Nassim Nicholas Taleb, em livro redigido antes da descoberta do COVID-19⁷²:

[...] o mundo é dominado pelo extremo, pelo desconhecido e pelo muito improvável (improvável segundo nosso conhecimento corrente) – e que passamos o tempo todo envolvidos em minúcias, concentrados no conhecido e no que se repete. Isso implica na necessidade de se utilizar o evento extremo como ponto de partida, e não tratá-lo como uma exceção que deve ser varrida para baixo do tapete. Também faço a alegação mais ousada (e incômoda) de que, apesar do progresso e da expansão do conhecimento, o futuro será cada vez menos previsível, enquanto tanto a natureza humana quanto as ‘ciências’ sociais parecem conspirar para esconder de nós essa ideia.

Somente a reiteração de eventos semelhantes em dado grupo de casos os tornaria prováveis. Nesse sentido, Frank Knight passou a tratar o risco como algo previsível,

[...]”. (KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. p. 199).

⁷¹ “The world is made up of objects which are practically infinite in variety as aggregates of sensible qualities and modes of behavior not immediately sensible. And when we consider the number of objects which function in any particular conduct situation, and their possible variety it is evident that only an infinite intelligence could group all the possible combinations”. (KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. p. 207).

⁷² TALEB, Nassim. *A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 15. ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2018. p. 27.

distinguindo-o da incerteza, que abarcaria acontecimentos imprevisíveis, irregulares e imensuráveis⁷³. Ao diferenciar o risco da incerteza⁷⁴, ressaltou o autor⁷⁵:

A diferença prática entre as duas categorias, risco e incerteza, é que, no primeiro, a distribuição do resultado em um grupo de instâncias é conhecida (seja através de cálculo *a priori* ou de estatísticas de experiências passadas), enquanto no caso de incerteza isso não é verdade porque, em geral, é impossível formar um grupo de instâncias, porque a situação em que se lida é em alto grau única.

A distinção entre o risco e a incerteza, segundo Pedro Melo, tem relação direta com a previsibilidade. Segundo o autor⁷⁶, “o risco, para além de incerto, deve corresponder a um evento previsível, na exacta medida em que, como é facilmente inteligível, não se podem

⁷³ ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 38.

⁷⁴ No Brasil, um dos autores a cuidar das distinções entre o risco e a incerteza foi Kleber Zanchim. De forma a demonstrar tais distinções, o autor assim classifica o risco: “É risco, porque previsível, que chova em algum dia de janeiro no sudeste do Brasil, apesar da confusão climática provocada pelo ‘El Niño’ e ‘La Niña’. Também o é que faça frio em julho, apesar do aquecimento global. Igualmente arriscado é que o trânsito esteja mais intenso às sextas-feiras na cidade de São Paulo, apesar do rodízio de veículos. Trata-se de ocorrências esperadas. O risco é antecipável. Nele não existem, propriamente, crises e conflitos”. (ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 39). Ainda segundo o autor: “Quanto maior for o número de variáveis em dado evento, mais distante do risco e mais perto da incerteza estaremos, pois mais difícil será agrupar as ocorrências e estabelecer um comportamento padrão [...] Quanto mais variáveis, menos conhecimento e mais incerto será determinado fato. Quanto menos variáveis, mais conhecimento e mais para o risco estará a ocorrência. Portanto, em tese, o que é incerteza pode tornar-se risco e vice-versa, dependendo do conjunto de variáveis e do que se sabe sobre elas”. (ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 41-42).

⁷⁵ “The practical difference between the two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of the outcome in a group of instances is known (either through calculation *a priori* or from statistics of past experience), while in the case of uncertainty this is not true, the reason being in general that it is impossible to form a group of instances, because the situation dealt with is in a high degree unique”. (KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. p. 233). Yvette Veyret, no mesmo sentido, assevera que: “Para ser considerado pelas políticas e dentro dos objetivos de uma gestão adaptada, o risco deve ser ‘calculável’, avaliável. A partir do momento em que o cálculo probabilístico atinge seu limite, a noção de risco perde sua pertinência e entra-se no domínio da incerteza”. (VEYRET, Yvette. *Os riscos*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007. p. 30).

⁷⁶ Ainda segundo Pedro Melo: “Assim, por exemplo, se a ocorrência de um determinado evento não era representável, isto é, não era previsível quando certo negócio jurídico foi celebrado, não se pode falar rigorosamente em risco, mas antes num acontecimento imprevisível. Por outro lado, se determinado evento não é apenas previsível, mas é igualmente provável, de acordo com os juízos de experiência, técnicos, científicos ou outros, já não se pode falar, com propriedade, em risco, mas antes em perigo”. (MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 74). Miguel Nuno Pedrosa Machado, a seu turno, afirma que “o risco surgiria como o estado de incerteza quanto à obtenção de um proveito”. (MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco. Separata da *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1988. p. 59).

assumir as consequências de algo que é imprevisível. Ou seja, o risco tem forçosamente de consistir num evento representável”.

Não há dúvidas de que, nos contratos em geral, é sempre bom às partes terem maiores certezas do que incertezas. A redução das incertezas reduz o risco contratual das partes, aumenta a expectativa de adimplemento das prestações envolvidas no contrato e torna mais palpável os benefícios econômicos almejados pelos contratantes. Como, então, reduzir as incertezas?

Na lição de Frank Knight⁷⁷, a incerteza pode ser reduzida de algumas formas. Em primeiro lugar, pelo aumento do nosso conhecimento do futuro por meio de pesquisa científica. Nesse sentido, a pandemia nos mostrou a importância que se deve dar à ciência como forma de reduzir incertezas, além de remediar as consequências do imprevisível.

Frank Knight também assevera que a incerteza pode ser reduzida com a ‘redução da marcha do progresso’, ou seja, a redução se daria caso as pessoas deixassem de explorar o incerto, aguardando que as incertezas fossem, ao longo dos anos, desmistificadas.

Essa posição, contudo, parece uma posição puramente teórica. Se tivéssemos que aguardar a redução das incertezas para, por exemplo, (i) prover vacina com 100% de eficácia comprovada por mais de cinco anos em meio a uma pandemia ou, ainda, (ii) executar obra emergencial que pode fornecer água potável a milhares de pessoas após um tufão, o prejuízo seria imenso. Há muitos casos em que é absolutamente necessário avançar no incerto do que aguardar o desaparecimento das incertezas. Nos exemplos acima, o resultado da omissão seria computado em vidas. Até porque, embora os estudos técnicos permitam a redução da incerteza, não a eliminam. O incerto sempre existirá. Nossa capacidade de prever é mínima

⁷⁷ “Uncertainty is one of the fundamental facts of life. It is as ineradicable from business decisions as from those in any other field. The amount of uncertainty may, however, be reduced in several ways, as we have seen. In the first place, we can increase our knowledge of the future through scientific research and the accumulation and study of the necessary data. To do this involves cost, the expenditure of resources which must be drawn from other uses. Another way is by the clubbing of uncertainties through large scale organization of various forms. This operation also involves costs, and not merely in the sense of expenditure of resources. There is also to be considered the loss of individual freedom involved in any possible plan of organization, a loss for the great mass of persons affected, though possibly a gain for a few who may secure wider powers and a larger range of action from the concentration of authority. In the third place it is possible, also at a cost, to increase control over the future. And here again both sorts of costs must be faced, substantive outlays and human losses through organization. Finally, uncertainty might be further reduced almost indefinitely by slowing up the march of progress, which, of course, involves a direct sacrifice in addition to both the forms of cost already noticed”. (KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. p. 347).

porque nossa cognição é limitada pelo precário conhecimento do passado e do presente e pela inaptidão de visualizar o futuro⁷⁸. O avanço da tecnologia impõe à sociedade alguns dilemas. Como bem referido por Teresa Ancona Lopez⁷⁹, quanto mais inovações, mais riscos. Por outro lado, embora louvável a busca pela redução dos riscos, segundo Jonh Adams⁸⁰, “um mundo do qual todo o risco tivesse sido removido seria um mundo sem incerteza, liberdade ou individualidade”.

O estudo da incerteza é relevante não apenas para a responsabilidade civil, mas, também, para o direito contratual. Ao assumir determinada prestação, a parte estava diante de uma incerteza ou de um risco? O risco assumido pela parte era previsível ou não? A possível imprevisibilidade do fato ocorrido ultrapassa a álea normal do contrato? A resposta de tais indagações trazem relevantes implicações jurídicas, tal como veremos ao longo deste trabalho.

⁷⁸ A dificuldade de prever é exemplificada por Kleber Zanchim: “Em 2 de maio de 2008, o Banco Central do Brasil divulgou seu tradicional *Boletim Focus* reduzindo de R\$ 1,75 para R\$ 1,74 a projeção para o câmbio do dólar no final daquele ano. Para 2009, o documento reviu a taxa de R\$ 1,82 para R\$ 1,80. Em 5 de dezembro de 2008, porém, o *Boletim Focus* estimava que o dólar terminaria o ano cotado a R\$ 2,27 e, em 2009, alcançaria R\$ 2,20. Ou seja, para um período de sete meses, as previsões erraram a taxa de câmbio em 30% em 2008 e 22% para o ano subsequente”. (ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 44).

⁷⁹ Segundo a autora: “Todos queremos as facilidades das novas criações, das novas descobertas, mas não queremos ter de absorver a incerteza de danos que pesa sobre essas utilidades e facilidades. [...] A sociedade moderna precisa controlar as incertezas, os riscos. Anseia por segurança, mas ao mesmo tempo toda a insegurança vem do progresso social”. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 32).

⁸⁰ ADAMS, Jonh. *Risco*. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: SENAC, 2009. p. 54.

1.3 O risco e o equilíbrio contratual

Anderson Schreiber⁸¹, em seu trabalho sobre equilíbrio contratual e o dever de renegociar, intitula um dos capítulos com a seguinte indagação: “Há um princípio de equilíbrio contratual?”.

A dúvida é pertinente. Embora o Código Civil faça referências expressas aos princípios da boa-fé (art. 113 e 422) e da função social (art. 421 e 2.035, parágrafo único), não há menção explícita ao princípio do equilíbrio contratual ou, ainda, como preferem outros autores, princípio da equivalência material⁸² ou princípio da justiça contratual⁸³.

A ausência de remissão expressa ao equilíbrio contratual fez, na opinião de Anderson Schreiber⁸⁴, que o princípio ficasse esquecido, ou seja, “como se servisse unicamente como uma espécie de apresentação de temas mais específicos, de aplicação pontual”⁸⁵.

Reconhecendo que não há previsão expressa do princípio, no Código Civil, Antonio Junqueira de Azevedo⁸⁶ afirma que o equilíbrio contratual, embora implícito, pode ser inferido principalmente dos artigos 478 a 480, além outras regras previstas no Código Civil.

De fato, a única menção ao termo ‘equilíbrio’ no Código Civil é presente no art. 1.228, § 1º que, ao tratar da função social propriedade, ressalta a necessária observância do “equilíbrio ecológico”. Também não há qualquer uso dos termos ‘equivalência’ ou ‘justiça

⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 23.

⁸² Cite-se, a esse exemplo: BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸³ Nesse sentido, MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2009 e NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 205 e seguintes.

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 33. A respeito do princípio do equilíbrio contratual, remetemos o leitor para NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 154 e seguintes.

⁸⁵ Isso se dá, em certa medida, segundo o autor, porque “[...] o princípio tem origem na doutrina, ora por dedução dos princípios constitucionais, ora por indução das normas regulamentares (regras) constantes na legislação, em particular daquelas que tratam, na parte geral do Código Civil, da lesão, do estado de perigo (arts. 156 e 157) e daquelas que contemplam, no livro dedicado ao Direito das Obrigações, a resolução e a revisão contratual por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480)”.

⁸⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183.

contratual⁸⁷. É pertinente, portanto, indagarmos se efetivamente, o Código Civil, previu o aludido princípio⁸⁸.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, ao referir-se à Política Nacional de Relações de Consumo, faz menção ao “*equilíbrio* nas relações entre consumidores e fornecedores” (art. 4º, inciso III), da mesma forma que declara a nulidade das cláusulas contratuais que contenham prestações com vantagens exageradas em favor do fornecedor, ou seja, cláusulas que restringem direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de modo a ameaçar o objeto ou “*equilíbrio* contratual” (art. 51, § 1º, inciso II).

A ausência de previsão do equilíbrio contratual no Código Civil e os escassos trabalhos doutrinários a respeito do tema torna o princípio, de fato, de pouca aplicação na jurisprudência, comparativamente aos princípios da boa-fé e da função social do contrato⁸⁹. Coube à doutrina, com destaque para o trabalho desenvolvido por Rodrigo Toscano de Brito⁹⁰, conceituar o equilíbrio contratual

[...] pode-se dizer que o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele pelo qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações.

⁸⁷ O Código Civil Português, por seu turno, refere-se ao “equilíbrio das prestações” apenas como técnica de interpretação de negócios gratuitos. É o que determina o art. 237º: “Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações”.

⁸⁸ Destaque-se, evidentemente, que o fato de o princípio não estar previsto expressamente não significa que tenha sido desconsiderado. É o caso, por exemplo, do princípio *pacta sunt servanda* que não está expressamente positivado no Código Civil de 1.916 ou mesmo no atual Código Civil, o que não significa, claro, que não tenha sido acolhido pelo nosso sistema.

⁸⁹ Aliás, o equilíbrio contratual pode confundir-se com a própria eficácia interna decorrente da função social. Segundo José Fernando Simão, “No tocante à figura dos próprios contratantes, estamos diante da ideia de justiça interna do contrato. Assim, as cláusulas iníquas ou abusiva, que, em última análise, levam um dos contratantes à ruína, atentam contra a função social do pacto e, portanto, podem ser consideradas nulas pelo juiz. Tais cláusulas desvirtuam a ideia do contrato como forma de circulação de riquezas e de obtenção de fins comuns e o transformam em meio de falência de um dos contratantes. *O equilíbrio, portanto, faz parte da ideia de função social do contrato*” (destacamos). (SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Contratos*. (Série leituras jurídica: provas e concursos, vol. 5). 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15).

⁹⁰ BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

Aline Valverde Terra⁹¹ afirma que o equilíbrio das posições contratuais não abarca apenas a aferição do equilíbrio econômico do contrato. A autora, referindo-se à doutrina italiana, assevera que “é possível decompor o princípio em dois aspectos do mesmo fenômeno: o princípio do equilíbrio normativo e o princípio do equilíbrio econômico do contrato”, não havendo prevalência de um sobre o outro, mas, sim, complementaridade.

O Código Civil, regra geral, não apresenta critérios objetivos para qualificar uma relação jurídica como desequilibrada. Aliás, num sistema aberto como o nosso, as cláusulas gerais são contrárias a isso. A considerar que o equilíbrio contratual não é expressamente disposto no Código Civil, a sua aplicação, aos casos concretos, não é matéria simples. Ademais, em razão das premissas acima, restam algumas indagações: o Código Civil reprime, efetivamente, qualquer desequilíbrio contratual? Quais os critérios para determinar se uma relação é ou não desequilibrada?

Ao se referir ao Código Civil, Anderson Schreiber⁹² destaca que mesmo nos dispositivos em que se verifica a busca por um equilíbrio contratual, não há uma reprimenda ao desequilíbrio objetivamente, reprimindo-se o desequilíbrio apenas enquanto resultado de um vício ou lapso na manifestação de vontade dos contratantes⁹³.

Ainda que se defendesse que o princípio do equilíbrio contratual é desejado implicitamente pelo Código Civil, resta saber se o ordenamento brasileiro realmente determina a obrigatoriedade de observância do aludido princípio em todas as relações jurídicas contratuais. Não restam dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor, nos termos dos dispositivos já citados, obriga que os contratos de consumo tenham prestações equilibradas entre fornecedores e consumidores (admitindo-se, evidentemente, apenas o desequilíbrio em favor do consumidor).

⁹¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 26. A Autora faz referências a BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nelle disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia provata*. Napoli: Edizioni Scientifiche, 2002. p. 39.

⁹² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 36.

⁹³ Até porque, segundo o autor, “um princípio do equilíbrio contratual, em ‘estado puro’, poderia ser visto como uma oposição mais frontal ao pensamento liberal, na medida em que não incidiria sobre os comportamentos adotados pelas partes no cumprimento do contrato, nem diria respeito a repercussões externas da avença, mas atuaria sobre o próprio objeto do contrato, em uma intromissão considerada arriscada, porque apta a gerar um ‘resultado desastroso para a segurança das convenções’”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 37).

Mas e nas relações civis? Os contratos necessariamente devem ser equilibrados? E o que dizer das relações empresariais? Na concepção de Rodrigo Toscano de Brito⁹⁴ e Anderson Schreiber⁹⁵, o princípio deve ser observado de forma abrangente e aplicável a todo e qualquer contrato.

Nessa mesma linha argumentativa, a desproporção, segundo Schreiber⁹⁶, não seria apenas aquela observada quando da formação do contrato, mas, também, quando constatado na execução do contrato, inclusive no tocante às prestações recíprocas. Assim, defende o autor⁹⁷ que o equilíbrio contratual tem a função de “evitar que qualquer contratante venha a sofrer sacrifício econômico desproporcional em decorrência do cumprimento das obrigações que compõem o objeto do seu contrato”. O que importa, portanto, na visão do autor, não é reprimir o ganho elevado, mas, sim, veicular um controle de proporcionalidade de caráter interno e objetivo (econômico) do contrato.

A busca pelo equilíbrio contratual, naturalmente, é desejável nas relações jurídicas. Tal como verificado anteriormente, não se pode imaginar que a relação entre consumidor ou fornecedor possa nascer desequilibrada ou manter-se assim na sua execução. Há necessidade

⁹⁴ “[...] o princípio deve ser entendido de modo mais abrangente, como se estivéssemos mesmo diante da noção de gênero e espécie; vale dizer, abarca não só a proteção dos contratantes vulneráveis mas também daqueles que, embora não sendo vistos ou conceituados como tais, possam ser vítimas de desequilíbrio objetivo contratual, daí falar em equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo [...] ou seja, o princípio da equivalência material é princípio social geral dos contratos e, por suas bases teóricas, não pode estar adstrito a determinada natureza ou espécie contratual”. (BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21).

⁹⁵ “[...] o princípio do equilíbrio contratual, tal qual aqui delineado, não consiste em uma proteção especial, dirigida apenas àquelas pessoas que se situem, permanente ou episodicamente, em situação de vulnerabilidade. Trata-se de um princípio aplicável a *todo e qualquer* contrato, ancorado na contínua avaliação de merecimento de tutela do seu objeto, desde o nascimento até a extinção da relação contratual [...] Mais: não se limita o equilíbrio contratual, na perspectiva adotada, aos contratos com prestações correspectivas, como poderia sugerir aquela expressão; aplica-se por força de sua matriz constitucional a toda e qualquer espécie de contrato, sendo certo que o próprio Código Civil reconhece, em ao menos uma passagem, a possibilidade de reequilíbrio em contratos unilaterais”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 54).

⁹⁶ Ainda segundo Anderson Schreiber: “[...] o princípio do equilíbrio contratual, não está adstrito a mero esforço daquilo que já derivaria da própria noção de comutatividade, centrada sobre o vínculo correspectivo entre prestações. Sua aspiração é mais ampla que a mera valorização de um dado estrutural já presente na ordem jurídica brasileira. Destina-se a impedir não somente que um contratante sofra sacrifício econômico desproporcional ao benefício econômico obtido – o que se pode denominar desequilíbrio contratual vertical, porque constatado a partir da comparação entre as dimensões econômicas dos direitos e obrigações recíprocas que compõem o objeto do contrato –, mas também que sofra sacrifício econômico desproporcional ao assumido – o que se pode denominar desequilíbrio contratual *horizontal*, porque verificado a partir do agravamento do sacrifício econômico imposto ao contratante no tempo, entre o momento da formação do contrato e o momento da sua execução”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 56).

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 58.

da proteção do consumidor, porque vulnerável. Assim, se o consumidor firmou contrato em evidente situação de desequilíbrio que o prejudique, o contrato pode, a depender do caso, ser anulado em razão da lesão (art. 157, do Código Civil) ou, ainda, ser revisto em decorrência do desequilíbrio ou da onerosidade excessiva posterior à contratação (art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor)⁹⁸.

Mas, nas relações civis, nem sempre há necessidade de o ordenamento proteger uma das partes. Não se negue que na vida cotidiana as pessoas realizam bons e maus negócios. Determinasse o ordenamento que todas as relações jurídicas fossem sempre equilibradas e equivalentes, o mercado e a segurança jurídica estariam ameaçados. Como bem referido por Pontes de Miranda, “a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação é relação de equivalência aproximada”⁹⁹.

Fazemos aqui um registro importante. Não se procura exaltar a má-fé ou permitir a validade de negócios jurídicos viciados. Caso, por exemplo, o vendedor silencie intencionalmente a respeito de uma informação relevante envolvendo a alienação de um determinado bem, o comprador, com fundamento no artigo 147 do Código Civil (dolo por omissão), poderá requerer a anulação do negócio jurídico se comprovar que a informação omitida seria óbice para a celebração do negócio. Da mesma forma, se uma das partes fere deveres laterais da boa-fé objetiva, de forma a obter vantagens indevidas e tornar o contrato desequilibrado, a relação jurídica pode sofrer intervenção judicial para o seu necessário reequilíbrio.

⁹⁸ O termo desequilíbrio, mesmo nas relações de consumo, não deve ser incorretamente interpretado. Se o consumidor se dirige a um *shopping center* e adquire um livro por valor 30% superior àquele anunciado em uma loja vizinha, não haverá, necessariamente, desequilíbrio (hipótese, por exemplo, de a loja vizinha estar realizando promoção daquele modelo). Da mesma forma, se o consumidor adquire passagem aérea com apenas um dia de antecedência da data da viagem, pagando o dobro do valor da média do bilhete, também não há desequilíbrio. Na primeira hipótese, embora o consumidor não tenha adquirido o produto em promoção, tal medida não significa que há qualquer desequilíbrio pelo simples fato de a primeira loja vender o produto ao preço usual. Na segunda hipótese, aplica-se a lei da oferta e procura: dias antes da efetiva data da viagem, a procura pelos bilhetes aumenta consideravelmente.

⁹⁹ “Não há, de regra, equivalência perfeita entre o que se presta (*e.g.*, o que se vende) e o que se contrapresta (*e.g.*, o que se paga como preço. Por isso, A pode vender mais barato, ou mais caro, do que B. O feito da roupa custa menos no alfaiate A do que no alfaiate B. A valorização é objetiva-subjetiva, e não estritamente objetiva. Quando o elemento subjetivo supera o elemento objetivo, diz-se que há valor estimado. Em princípio, não é de mister a equivalência, conforme escada de valores objetivos. Cada figurante já introduziu na valorização os elementos subjetivos, comuns ao lugar, ou a algumas pessoas, ou seus próprios”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção*. 2. ed. Tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 3.068, n. 2. p. 236-237).

Contudo, reconheça-se que, nas relações civis e empresariais, muitas vezes há negócios em que uma das partes auferir maiores vantagens do que a outra. É o caso, por exemplo, de determinada pessoa que tem interesse em rapidamente se desfazer de um bem imóvel, para que possa aplicar o dinheiro em determinado investimento financeiro. A considerar as circunstâncias, pode efetuar a venda do bem a um preço menor do que a média do mercado. Contudo, o vendedor o faz conscientemente, porque prefere obter o dinheiro rapidamente a aguardar por mais alguns meses para obter o preço de mercado. Isso não pode ser considerado desequilíbrio contratual. Ademais, a respeito de uma suposta busca do direito por justiça contratual, Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova¹⁰⁰ fazem relevante advertência

[...] mesmo na Itália, uma regra geral que impõe a nulidade do contrato injusto inexistente. Não é de se lamentar, porque, em silêncio, não é fácil dar uma definição precisa da injustiça contratual. A estipulação do vendedor é injusta se ele se desviar do preço que seria determinado em um mercado honesto. Mas nem sempre pode existir um 'preço de mercado', porque não há mercado onde mercadorias únicas e irrepetíveis sejam negociadas; porque ao lado do mercado com uma generalidade mais ampla existem os mercados subsidiários, aos quais tem acesso um número limitado de contratantes, e aqui é natural que os valores se alterem porque a relação entre a oferta e a procura é alterada; porque o contrato nem sempre é baseado em puro cálculo econômico [...] Um legislador que se empenhasse com todo o entusiasmo na luta pela justiça sugerisse ao contratante arrependido o recurso com direito ao vício da injustiça criaria um clima de incerteza incompatível com uma das funções primordiais do contrato, que é oferecer às partes, engajadas no planejamento de suas atividades, o

¹⁰⁰ Tradução do original: “Tuttavia, anche in Italia una norma generale, che commini la nullità del contratto ingiusto, fa difetto. Né è facile rammaricarsene, perché, a tacer d’altro, non è facile dare una definizione precisa dell’ingiustizia contrattuale. La stipulazione del venditore è ingiusta se si allontana dal prezzo che si determinerebbe in un onesto mercato. Ma non sempre può esistere un ‘prezzo di mercato’, perché non esiste un mercato ove si negozino beni unici e irrepetibili; perché accanto al mercato dotato di più ampia generalità esistono mercati sussidiari, cui accade un numero limitato di contraenti, e qui è naturale che i valori si alterino perché si altera il rapporto fra domanda e offerta; perché non sempre il contratto è basato sul puro calcolo economico. La recluta non pattuisce il soldo con il comandante, la ferrovia monopolistica non consente all’utente libertà di trattativa. Un legislatore che se impegnasse con troppo entusiasmo nella lotta per la giustizia suggerirebbe al contraente pentito l’impugnativa intitolata al vizio dell’ingiustizia e, e ciò creerebbe un clima di incerteza incompatibile con una delle funzioni primarie del contratto, che è quella di offrire alle parti, impegnate nella programmazione della loro attività, l’appoggio che possono offrire rapporti giuridicamente certi e indiscutibili”. (SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1999. p. 5).

amparo que possam oferecer relações juridicamente seguras e indiscutíveis.

Vamos além. As pessoas, muitas vezes, assumem maiores riscos. Nada obsta, por exemplo, que determinada pessoa adquira terreno que seja, sabidamente, objeto de demanda intentada por terceiro objetivando a sua titularidade. Nos termos do Código Civil, as partes podem “*excluir a responsabilidade pela evicção*” (art. 448) e o adquirente pode assumir integralmente o risco de perda da coisa (art. 449). Nessa situação, sendo julgada procedente a demanda intentada por terceiro que pretende reaver a coisa, o negócio firmado pelo adquirente terá, naturalmente, um resultado ruim. Por outro lado, considerando que o preço pago em tais circunstâncias é muito inferior à avaliação do bem e sendo a ação proposta por terceiro julgada improcedente, o adquirente poderá ter lucro bastante elevado. Também nessa hipótese inexistirá qualquer desequilíbrio contratual, porque, tendo o adquirente assumido o risco da evicção que lhe foi informado expressamente e anuído com a cláusula de exclusão da garantia, o contrato passa a ser aleatório. Refira-se, assim, à dificuldade para que pessoas externas avaliem as vantagens e desvantagens do objeto do contrato firmado pelas partes. Muitas vezes, essa avaliação é muito subjetiva das próprias partes.

Reflitamos, agora, nas relações empresariais. Não é incomum que duas empresas firmem contratos em que as circunstâncias fáticas podem demonstrar que há, efetivamente, desequilíbrio das prestações. Atentemos ao exemplo que ocorre, recorrentemente, no âmbito da construção civil.

Determinada empresa, interessada em construir um novo polo fabril, abre concorrência para que construtoras interessadas apresentem suas propostas. Recebidos os projetos e especificações da obra, as empresas de construção realizam uma série de estudos internos de modo a verificar a viabilidade econômica da obra, os riscos envolvidos e, naturalmente, possível interesse em prosseguir na concorrência.

Finalizados os estudos, algumas empresas entendem que a execução da obra possui riscos elevados e, portanto, preferem não apresentar proposta comercial, concentrando suas energias em outros projetos. Outro grupo de empresas entende que, não obstante os riscos envolvidos na construção, é interessante a apresentação de proposta comercial. Esse grupo de empresas, contudo, cauteloso com relação aos riscos e ao retorno financeiro, apresenta

proposta comercial com valores seguros e de forma a minorar quase todos os possíveis fatores de riscos que poderão advir.

Por fim, algumas empresas e, muitas vezes, construtoras com menor experiência no mercado, interessadas na contratação, resolvem apresentar proposta comercial audaciosa. As empresas apresentam proposta comercial desconsiderando diversos riscos que poderão advir ao longo da construção. Ao desconsiderarem tais riscos, as empresas que assumiram elevados riscos acabam, naturalmente, eliminando a concorrência das demais empresas que apresentam orçamento em valor superior.

Vencida a concorrência, não é incomum que, ao longo da contratação, os riscos previsíveis que foram desconsiderados no momento de elaboração da proposta comercial acabem surgindo ao longo da execução da obra. E o mais grave. Além dos eventos que poderiam ser previstos, outros eventos imprevisíveis também são observados ao longo da obra.

Nessa situação, desconsiderando os riscos assumidos, mas olhando-se objetivamente aos valores contratados e o efetivo custo da obra, a relação jurídica poderia ser considerada assimétrica porque a equação entre prestação e contraprestação mostra-se desequilibrada, ou seja, o dono da obra pagará um valor inferior ao custo efetivamente necessário para a execução da obra, onerando excessivamente a execução do contrato.

A situação acima narrada é comum nos contratos de construção e enseja, muitas vezes, pleito de revisão contratual por parte da construtora que alega justamente o desequilíbrio contratual ou a onerosidade excessiva.

A considerar (i) a assunção consciente de riscos previsíveis por parte da empresa contratada; (ii) a ausência de vulnerabilidade dos contratantes, indaga-se: o desequilíbrio contratual livremente anuído em contrato empresarial celebrado entre agentes econômicos não vulneráveis pode ensejar a revisão/resolução desse contrato?

Defenderemos, neste trabalho, a posição segundo a qual, o equilíbrio contratual não deve ser observado levando em consideração apenas as prestações envolvidas ou o objeto do contrato, mas, sobretudo, os riscos envolvidos e conscientemente assumidos pelas partes.

Ademais, como bem ressaltado por João Baptista Villela¹⁰¹, “[...] a grande verdade é que o equilíbrio do contrato está no desequilíbrio dos interesses”.

O risco contratual, portanto, pode excepcionar a regra, defendida por alguns, de que os contratos (inclusive os empresariais) devem nascer e permanecer equilibrados. Assim, em algumas circunstâncias, mesmo nas situações em que o controle de proporcionalidade das prestações demonstrar um suposto desequilíbrio obrigacional, o direito não poderá influir de modo a reduzir a prestação ou resolver o contrato. Prevalece o livremente pactuado em homenagem ao princípio da autonomia privada. Em relações paritárias e empresariais, portanto, o ordenamento jurídico não proíbe que um contrato seja formado com desequilíbrio das prestações assumidas pelos contratantes¹⁰².

Anderson Schreiber¹⁰³ reconhece que um contrato poderá ter prestações desequilibradas quando demonstrado que o risco foi assumido pelas partes, salvo se demonstrado que tal risco era, ao tempo da formação, imprevisível. Concorde-se parcialmente com o autor¹⁰⁴ quando afirma que “o ingresso em uma relação contratual desequilibrada sugere, até prova em contrário, que não ocorreu um pleno exercício da liberdade contratual ou que tal exercício não se deu com base em um consentimento livre, consciente e informado”.

Nas relações civis e, sobretudo, nas empresariais, não concordamos que ao ingressar em uma relação desequilibrada, deve ser presumido que tal ato *não* ocorreu de forma espontânea pela parte que sofre o desequilíbrio. Em nossa opinião, compete à parte prejudicada de uma relação desequilibrada demonstrar, por exemplo, que somente aceitou firmar aquele contrato porque informações relevantes foram omitidas pela parte contrária ou

¹⁰¹ VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Obrigações e contratos*. v. III: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 780.

¹⁰² Nesse sentido, Rodrigo da Guia Silva destaca: “[...] seja pela potencial irrelevância de desproporções de diminuta monta, seja pela insuficiência do exame apenas das prestações principais (e não do inteiro regulamento contratual), seja, enfim, pela possibilidade de circunstâncias legítimas justificarem a formação de um contrato – por assim dizer, desequilibrado, não faltam razões para a acertada crítica às denominações *princípio da equivalência material* ou *princípio da equivalência das prestações*, as quais poderiam remontar mais diretamente à ideia de igualdade estrita”. (SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano. 9. n. 3. 2020). Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/666/517>. Acesso em: 08 fev. 2020.

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 66.

¹⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 64.

porque encontrava-se numa relação de dependência que não lhe permitia agir de outra maneira. Caso contrário, defendemos a presunção de equilíbrio, ou seja, a parte que se diz prejudicada anuiu com o risco contratual e, portanto, não há razões para o não cumprimento da avença. Nesse sentido, concordamos com Fernando Noronha¹⁰⁵ quando, ao diferenciar a justiça forma e justiça substancial¹⁰⁶, afirma

[...] a melhor solução parece ser aquela que, partindo da distinção entre justiça formal e substancial, considera que esta se deve presumir a partir daquela: em princípio, deve admitir-se ser substancialmente justa a relação entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos, que as próprias partes estabeleceram. Garantidas as condições para a realização da justiça formal, é de se presumir que o contrato seja justo, já que em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma equitativa. Realmente, as partes são os melhores juízes de seus próprios interesses.

Rodrigo da Guia Silva¹⁰⁷, a seu turno, defende que “a tutela do equilíbrio contratual no plano superveniente se traduz na promoção máxima da efetividade do programa contratual de interesses originária e validamente entabulado pelas partes”.

¹⁰⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 225. A presunção de equilíbrio também é manifestada por Claudio Luiz Bueno de Godoy quando afirma que “[...] em princípio, deve-se presumir que os próprios contratantes balancearam prestação e contraprestação quando e na forma que entabularam seu ajuste. Isso, é evidente e vale a pena reiterar, desde que havido o contrato em condições de livre e igualitária externalização do consentimento”. (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37).

¹⁰⁶ Segundo o autor: “[...] a justiça formal tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação. A justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes. A igualdade pressuposta pela justiça formal, a posição igualitária no momento de contratar, é entendida em termos teóricos, é uma igualdade de oportunidades: quem contrata deve ter liberdade de decidir, deve estar no pleno gozo de suas faculdades e normalmente esclarecido sobre a transação que faz [...] A justiça substancial [...] não se contenta com esta igualdade meramente formal das partes, antes busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa [...]”. (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 220-221).

¹⁰⁷ Ainda segundo o autor: “[...] o princípio do equilíbrio contratual no direito brasileiro atua como mandado de otimização do programa contratual originário revelado pelo exame da causa contratual em concreto; ou, em síntese mais apertada, mandado de otimização da efetividade da causa contratual concreta. A operatividade do princípio em comento se pauta precisamente no objetivo de fazer com que a realidade das coisas (*in casu*, a execução contratual) reflita, tanto quanto possível, a equação global de interesses depreendida da análise funcional do contrato”. (SILVA, Rodrigo da Guia. Um novo olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual: o problema das vicissitudes supervenientes em perspectiva civil-constitucional. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano 10, n. 3. 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/781/587>. Data de acesso: 21.12.2021. p. 22 e 29-30).

Assim, em razão do risco contratual (elemento que deve ser levado em alta conta nas relações paritárias e empresariais), ainda que uma das partes esteja em uma relação de desequilíbrio prestacional, para nós, deve ser presumido que houve anuência dos contratantes para tal situação, ou seja, presume-se que os contratantes sabidamente ingressaram na relação, conhecendo e aceitando o desequilíbrio. O Código Civil, por uma máxima de experiência, admite que os contratos, em regra, possuem equilíbrio do sinalagma genético da prestação, competindo ao lesado a prova de não ter assumido riscos extraordinários.

A revisão e a resolução contratual, portanto, nas relações civis e empresariais, são medidas excepcionais. O pleito de revisar ou resolver o contrato embora possa levar em consideração a base objetiva do negócio jurídico, a observância de alteração das circunstâncias, a onerosidade excessiva ou a ocorrência de fato imprevisível e extraordinário, deve verificar, sobretudo, os riscos próprios assumidos pelas partes, tal como demonstraremos oportunamente.

A seguir, pretendemos analisar, sob a ótica do risco contratual, as situações em que o desequilíbrio contratual poderia ensejar a anulação do negócio jurídico por defeito do negócio jurídico (desequilíbrio contratual originário – quebra do sinalagma genético). Em seguida, vamos avaliar o desequilíbrio contratual que pode ensejar a revisão ou resolução contratual por situações ocorridas na execução do contrato (desequilíbrio contratual superveniente – quebra do sinalagma funcional)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ A respeito da distinção entre o sinalagma funcional e o genético, vide DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 358 e seguintes.

1.4 O risco e os defeitos do negócio jurídico

1.4.1 O risco e a lesão

Caio Mário da Silva Pereira indubitavelmente foi um dos maiores pesquisadores brasileiros quanto à lesão. Sua obra dedicada à lesão¹⁰⁹, cuja primeira edição é de 1949, continua sendo grande referência até os dias atuais, sobretudo em razão da profunda pesquisa histórica acerca da matéria.

Em sua pesquisa, Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁰ ressalta que o velho testamento já registrava um caso de venda lesiva, ou seja, o episódio de Esaú e Jacó, quando ocorreu a compra dos direitos de primogênito por um prato de lentilhas, realizada por aquele que se achava faminto.

No Brasil, a Consolidação das Leis Civis de 1858, elaborada por Teixeira de Freitas estabelecia, no art. 359, a possibilidade de rescisão por lesão¹¹¹. Naquele dispositivo, Teixeira de Freitas utilizou o parâmetro objetivo da *laesio enormis* (metade do preço justo), tal como era reproduzido nas Ordenações Filipinas¹¹².

O Código Comercial de 1850, por sua vez, dispunha, no art. 220, a *impossibilidade* de rescisão por lesão na compra e venda celebrada entre pessoas comerciantes, salvo se fosse provado erro, fraude ou simulação¹¹³.

O Código Civil de 1916 seguiu a linha do Código Comercial e o posicionamento de Clovis Beviláqua¹¹⁴, que entendia que a lesão era considerada “privilégio nocivo à marcha

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Destaque-se que a primeira edição é datada de 1949.

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 13. João Biazí, por sua vez, adverte que há aparição da lesão na cultura hebraica, na Grécia antiga, no Direito Hindu e em outras culturas. (BIAZI, João Pedro. Lesão contratual em tempos de pandemia: uma necessária análise histórico-dogmática). *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 01/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323246/lesao-contratual-em-tempos-de-pandemia-uma-necessaria-analise-historico-dogmatica>. Acesso em: 23 abr. 2020.

¹¹¹ “Art. 359. Todos os contractos, em que se-dá, ou deixa, uma cousa por outra, podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão fôr enorme; isto é, se exceder metade do justo valôr da cousa”. Destaque-se que o art. 569, por sua vez, estabelecia que a ação de lesão não era admissível na compra e venda que se fizesse em hasta pública, com as solenidades legais.

¹¹² Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XIII.

¹¹³ “Art. 220 - A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”.

¹¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896, p. 202.

célere e à segurança das transações mercantis”. Assim o Código Civil anterior não previu o instituto da lesão como hipótese de ‘Defeito do Ato Jurídico’ (artigos 86 a 113)¹¹⁵.

Prevaleceu, portanto, segundo Anderson Schreiber¹¹⁶, o entendimento de Rui Barbosa, que defendia que as invalidades fundadas na desproporção das prestações afiguravam-se incompatíveis com uma época que reclama imperiosamente a livre circulação do comércio¹¹⁷.

A ausência de previsão legal da lesão no Código Civil de 1916 foi criticada por Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁸, que finaliza sua obra, no final dos anos 60, com sugestão *de lege ferenda* para a previsão do instituto na legislação civil¹¹⁹.

Ao sustentar a necessidade de o Direito Civil brasileiro instituir a lesão, Caio Mário defendia que a futura lei fixasse apenas o critério, mas sem mencionar um índice ou percentual preestabelecido¹²⁰. Também defendia que a lesão fosse hipótese de anulabilidade (e não nulidade), permitindo, ainda, o restabelecimento do equilíbrio das prestações, facultando às partes espontaneamente convalidarem o novo contrato¹²¹. O autor também destacava que a desproporção deveria ser aferida ao tempo da celebração do contrato¹²².

¹¹⁵ Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “a lesão medrava em franco desprestígio na doutrina brasileira quando a votação do Código Civil lhe desfechou o tiro de piedade”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 215).

¹¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 77.

¹¹⁷ Contudo, embora não previsto no Código Civil de 1916, a legislação esparsa da primeira metade do século XX previu, em certa medida, o instituto da lesão. A esse exemplo, cite-se o Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938, que definia os crimes contra a economia popular. Ao reprimir a *usura*, o art. 4º declarava crime “obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”. Como se nota, a lesão era prevista em matéria penal, mas poderia ter consequências civis.

¹¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 218 e seguintes. A proposta de Caio Mário foi formulada oficialmente ao Ministério da Justiça em 1964 a partir do “Anteprojeto do Código de Obrigações” (artigo 64).

¹¹⁹ Ao justificar a necessidade de previsão da lesão no Direito Civil brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira ressaltou que o princípio da liberdade contratual não é e não pode ser, absoluto. Segundo o autor, “a força obrigatória do contrato não decorre arbitrariamente da vontade do agente, mas está submetida a considerações de justiça”. Assim, Caio Mário defendia que o princípio da liberdade contratual e autonomia da vontade deveriam ser restringidos em alguns aspectos e, nesse sentido, destaca a importância da lesão para tal função. Segundo ele “a lesão opõe-se ao princípio da liberdade das convenções, porque no seu objetivo atinge os ajustes, em que não houve falha externa na manifestação da vontade, destinando-se a corrigir o desequilíbrio das prestações, para restaurar o princípio da justiça comutativa”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 220 e seguintes).

¹²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 222.

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 224.

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 221.

Os anos se passaram e o Código Civil de 2002 acolheu as ideias de Caio Mário da Silva Pereira, tal como se nota da redação do atual art. 157:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Assim, ao cuidar dos ‘Defeitos do Negócio Jurídico’ no Capítulo IV, do Código Civil, o legislador determina, no art. 157, a possibilidade de anulação do negócio quando verificada a lesão contratual. O legislador não estabeleceu nenhum critério objetivo a respeito da extensão da desproporção, que permitiria à vítima invocar o instituto, prevalecendo o critério subjetivo e aberto. Ao final, permitiu-se a possibilidade de manutenção do contrato se a desproporção for corrigida pelas partes. As ideias de Caio Mário da Silva Pereira, portanto, foram acolhidas¹²³.

Anderson Schreiber é crítico à forma como a lesão foi instituída no Código Civil de 2002. Segundo o autor¹²⁴, a lesão instituída no Código Civil de 2002 deu-se com larga desatualização, afigurando-se acanhada à luz das potencialidades do instituto. Em sua pesquisa, Schreiber¹²⁵ afirma que a aplicação jurisprudencial do instituto da lesão tem sido diminuta, asseverando que o Superior Tribunal de Justiça, entre 2003 e 2016, analisou apenas sete casos concretos envolvendo a lesão¹²⁶.

¹²³ A respeito de questões históricas envolvendo a lesão e sua disciplina em outros ordenamentos jurídicos, vide OTHON SIDOU, J. M. Lesão contratual – estado de perigo – premente necessidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Ano XXII. n. 29. Rio de Janeiro. 2º semestre de 2006. p. 53 a 62.

¹²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 85.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 86.

¹²⁶ Segundo pesquisa jurisprudencial de Anderson Schreiber, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entre 2003 a 2016, foram encontrados sessenta e seis acórdãos debatendo a alegação da lesão, tendo sido reconhecida a configuração do instituto em apenas vinte e um deles. Já no Tribunal de Justiça de São Paulo, foram encontrados cento e vinte acórdãos tratando do tema, no mesmo período, tendo a lesão sido reconhecida em apenas vinte e quatro. Isso se daria, segundo o autor, porque “a lesão é inibida pelas dificuldades inerentes à demonstração de um estado de inexperiência ou necessidade do contratante lesado – argumento normalmente visto, já de antemão, com certa antipatia pelo Poder Judiciário por seu viés vitimista e assistencialista”.

A lesão possui muitos aspectos relevantes para o estudo do risco contratual. O relato histórico acima demonstra que o direito, em princípio, privilegiava a liberdade e os riscos contratuais assumidos pelas partes, ainda que houvesse desequilíbrio das prestações. Todavia, com o passar dos anos, viu-se a necessidade de maior proteção contratual ao contratante que ingressasse em uma relação lesiva.

Sob a ótica do Código Civil, o objetivo da lesão é permitir que o negócio jurídico firmado por determinada pessoa sob premente necessidade ou inexperiência seja anulado quando verificada manifesta desproporção.

Anderson Schreiber¹²⁷ propõe um alargamento da aplicação do instituto, destacando, dentre outras, a necessidade de uma interpretação ampliativa das expressões inexperiência e necessidade, de forma a permitir que o instituto da lesão “desempenhe efetivo papel na garantia de um consentimento livre, não apenas formal, mas também substancialmente”.

(SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 86).

¹²⁷ O autor defende cinco propostas de interpretação do artigo 157, conforme a Constituição Federal: São elas: (i) “a configuração da lesão no direito civil brasileiro deve prescindir do abuso, dolo malícia ou aproveitamento do contratante favorecido, ou mesmo do seu conhecimento efetivo ou potencial em relação ao específico da contraparte”. Assim, segundo o autor, a lesão “independe, por isso mesmo das intenções, propósitos ou estado mental do contratante beneficiado pelo desequilíbrio originário”; (ii) as expressões *inexperiência* e *necessidade* devem ser interpretadas de modo ampliativo, ou seja, a lesão não é instrumento restrito à proteção do contratante vulnerável ou mais fraco. Tais expressões deveriam ser, segundo o autor, interpretadas de forma isenta e, portanto, uma pessoa jurídica, de vasto capital, pode se encontrar em ocasional necessidade ou se apresentar, para certos tipos de contrato, em situação de inexperiência. Assim, na visão do jurista, o ingresso em um contrato desequilibrado por quem não conhece plenamente o desequilíbrio ou, embora o conhecendo, *necessita*, por circunstâncias externas, assumi-lo, produz inegável déficit de vontade na contraprestação; (iii) “a menção do art. 157 à inexperiência ou necessidade não deve ser compreendida como rol taxativo, mas sim como enumeração exemplificativa, de modo a se vislumbrar ali um elenco *numerus apertus* de situações que podem dar ensejo à caracterização da lesão” [...] “a fim de que tais expressões não acabem servindo de obstáculo à apreciação de situações semelhantes que possam não ter tido a fortuna de adentrar o literal enunciado da norma”; (iv) redimensionando o ônus probatório, Schreiber propõe que a presença de desequilíbrio contratual “faz presumir, em sua exata medida, que a contratação se deu sem plena consciência dos seus efeitos (inexperiência *latu sensu*) ou por força das circunstâncias (necessidade *latu sensu*)”; (v) ao final, critica a opção legislativa brasileira subjetivista, que caracteriza a lesão à luz do caso concreto. Schreiber afirma que, se por um lado, é oferecida “a vantagem de permitir uma aplicação mais flexível do instituto, acaba, por outro lado e conforme se percebe a partir da análise das decisões judiciais sobre o tema, esvaziando a importância do requisito objetivo e conduzindo, às vezes, à sua mesclagem com o requisito subjetivo”. Assim, defende que a variação superior a 50% do valor de mercado, extraída da experiência da *laesio enormis* configura indicativo útil ao intérprete na aferição objetiva do desequilíbrio contratual originário. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 105). No mesmo sentido, pela ampliação interpretativa da lesão, asseverou Ana Luiza Maia Nevares que “a lesão, portanto, deve ser invocada em qualquer hipótese em que haja uma desproporção das prestações, não podendo estar vinculada apenas à desproporcionalidade econômica do contrato, ou seja, ao valor das prestações, ensejando o reequilíbrio da relação contratual como um todo. Dessa maneira, a lesão permite trazer para o equilíbrio contratual não só a igualdade econômica das prestações, mas também a equivalência social e humana do contrato [...]” (NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 297).

Além disso, propõe que as expressões inexperiência e necessidade não sejam compreendidas como rol taxativo. Com base nos Princípios do UNIDROIT para os Contratos Comerciais Internacionais (art. 3.2.7), Schreiber¹²⁸ afirma que situações como improvidência ou imperícia, dependência, falta de habilidade de negociar e até mesmo dificuldade econômica são situações em que o referido dispositivo permite reação jurídica contra o desequilíbrio. Assim, defende que o rol do art. 157 não seja taxativo, “devendo-se admitir a aplicação do instituto da lesão a outras situações que comprometam total ou parcialmente a livre formação do consentimento”.

Divergimos, em certa medida, do autor. Embora as propostas de interpretação da lesão defendidas por Anderson Schreiber sejam louváveis, em nossa opinião, a análise e interpretação da aplicação do instituto ao caso concreto também deve ser realizada sob o prisma do risco contratual.

É salutar que o Código Civil brasileiro, tal como outros ordenamentos, tenha previsto o instituto da lesão como hipótese que permite a anulação do negócio jurídico. Reitere-se que o legislador brasileiro, em razão de o nosso sistema ser aberto e tal como defendia Caio Mário, não definiu um parâmetro objetivo quanto à desproporção para a invocação da lesão e, portanto, não são apenas percentuais que permitiriam a anulação do negócio jurídico.

Assim, embora a verificação dos requisitos para a configuração da lesão seja, nos termos do Código Civil, subjetiva, em nossa opinião, não se pode desconsiderar o risco contratual assumido pelas partes quando se pretende invocar a lesão. Para nós, a falta de providência ou de habilidade de negociar não são situações que autorizam a invocação da lesão. Fosse admitido a uma das partes suscitar a anulação do negócio jurídico por tais razões, os negócios jurídicos perderiam a característica da irretratabilidade. Além disso, como bem defendido por João Pedro Biazzi, “é normal que as avenças permitam um jogo de interesse mais vantajoso para uma das partes e menos para outra”¹²⁹.

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 94.

¹²⁹ Segundo o autor: “o advérbio ‘manifestamente’ não pode, de forma alguma, ser ignorado. Embora o nosso legislador tenha se afastado das porcentagens romanas de Maximiliano, a desproporção exigida à lesão contratual não deve ser marginal. Afinal, é normal que as avenças permitam um jogo de interesse mais vantajoso para uma das partes e menos para outra. O que se impede, por vício de consentimento, não é este traquejo natural dos negócios, mas sim a desproporção gritante e manifesta. (BIAZI, João Pedro. Lesão contratual em tempos de pandemia: uma necessária análise histórico-dogmática. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 01/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323246/lesao-contratual-em-tempos-de-pandemia-uma-necessaria-analise-historico-dogmatica>. Acesso em: 23 abr. 2020.

Para nós, não se deve dar interpretação ampliativa ao 157, do Código Civil. A lesão, em nossa opinião, somente pode ser invocada, efetivamente, para as hipóteses de premente necessidade ou inexperiência.

A *premente necessidade* não diz respeito à miséria ou insuficiência habitual de meios para prover a subsistência própria, mas, “da impossibilidade de evitar o contrato, que não decorre da capacidade econômica ou financeira do lesado, mas da circunstância de não poder deixar de efetuar o negócio”¹³⁰. Já a *inexperiência* deve ser interpretada como a inexperiência contratual, ou seja, “a falta de conhecimentos ou habilidade relativos à natureza daquilo que se realiza, excludente ou prejudicial da capacidade de exata percepção ou entendimento de coisas ou fatos, sob o ponto de vista econômico”. Essa inexperiência deve assinalar à situação de desigualdade técnico-científica ou transacional e que vai ser aproveitada pela parte mais forte e conhecedora, em detrimento da débil, precisamente aquela situação que pode caracterizar a relação de consumo¹³¹.

Assim, há de se verificar, no caso concreto, se a alegada lesão não se enquadraria como risco contratual assumido por uma das partes. Nesses termos, o intérprete deve verificar a qualificação da parte negociante e do objeto contratado. Não sendo verificados os requisitos estabelecidos no artigo 157, do Código Civil, a lesão deve ser afastada.

Talvez seja por isso que são raros os casos na jurisprudência em que se permite a anulação do negócio jurídico pela lesão. Cite-se, por exemplo, caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça¹³², em que determinado adquirente pleiteava a anulação de negócio

¹³⁰ BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 122.

¹³¹ BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 124.

¹³² RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL ENTRE PARTICULARES. RESCISÃO DO CONTRATO. VALORES PAGOS. PERDA INTEGRAL. PREVISÃO EM CLÁUSULA PENAL. VALIDADE. NEGÓCIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. PROPOSIÇÃO DO PROMITENTE COMPRADOR. ALEGAÇÃO DE INVALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.s 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a discutir a validade de cláusula penal que prevê a perda integral dos valores pagos em contrato de compromisso de compra e venda firmado entre particulares. 3. Para a caracterização do vício de lesão, exige-se a presença simultânea de elemento objetivo - a desproporção das prestações - e subjetivo - a inexperiência ou a premente necessidade, que devem ser aferidos no caso concreto. 4. Tratando-se de negócio jurídico bilateral celebrado de forma voluntária entre particulares, é imprescindível a comprovação dos elementos subjetivos, sendo inadmissível a presunção nesse sentido. 5. O mero interesse econômico em resguardar o patrimônio investido em determinado negócio jurídico não configura premente necessidade para o fim do art. 157 do Código Civil. 6. Na hipótese em apreço, a cláusula penal questionada foi proposta pelos próprios recorrentes, que não comprovaram a inexperiência ou premente necessidade, motivo pelo qual a pretensão de anulação configura comportamento contraditório, vedado pelo princípio da boa-fé objetiva. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1723690/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 12/08/2019).

jurídico que lhe impunha a perda total de elevado valor pago para aquisição de imóvel. O adquirente, advogado, já havia ficado inadimplente ao longo do cumprimento de suas obrigações e, tendo recebido comunicação de que o contrato havia sido resolvido (diante da não purgação da mora e cláusula resolutiva expressa), convenceu o vendedor a firmar um aditamento contratual, oportunidade em que sugeriu ao corretor que intermediava a negociação a perda total dos valores pagos caso voltasse a ficar inadimplente¹³³.

Tendo o vendedor concordado com o aditamento nas condições propostas, foi firmada cláusula contratual estabelecendo a perda total dos valores pagos em caso de resolução contratual. Ocorre que o contrato novamente foi inadimplido e, conseqüentemente, resolvido, com a perda integral dos valores até então pagos.

Ato contínuo, o adquirente insurgiu-se contra a cláusula penal que permitia a perda da totalidade dos valores sob os argumentos (i) que encontrava-se em situação de premente necessidade quando sugeriu a inclusão da cláusula no compromisso de compra e venda, situação que caracterizaria o instituto da lesão, e (i) que era excessivo o desequilíbrio da relação contratual gerado pela perda total dos valores pagos.

Embora o adquirente tenha suscitado a lesão, o Superior Tribunal de Justiça afastou-a, declarando a inexistência de vício no negócio jurídico celebrado entre as partes¹³⁴.

No caso em tela, embora a prestação assumida pelo adquirente pudesse ser qualificada como desequilibrada (cláusula penal no exato valor das quantias que foram pagas, ou seja, R\$ 700.000,00), entendeu-se que não estavam presentes os requisitos que

¹³³ Nos termos dos autos, a sugestão do advogado foi a seguinte: “(...) Estava pensando... pra ficar tranqüilo pra mim e pra ele poder negociar com o cara da casa que ele comprou, eu podia dar um cheque pra 30 dias com o valor de 50 mil a mais e fazemos um aditivo ao contrato se caso eu não pagar perco tudo que já dei. Veja bem acho que até a próxima semana resolvo tudo mais se conseguirmos estabelecer 30 dias fica mais tranqüilo pois vou fazendo outras formas de resolver. O que acha?” (sic.)

¹³⁴ Segundo o voto do Ministro Cueva: “[...] por se tratar de compromisso de compra e venda celebrado de forma voluntária entre particulares que, em regra, estão em situação de paridade, é imprescindível que os elementos subjetivos da lesão sejam comprovados, não se admitindo a presunção de tais elementos. Entendimento em sentido contrário poderia incentivar a parte a assumir obrigações que sabe serem excessivas para depois pleitear a anulação do negócio jurídico [...] No caso dos autos, considerando que o autor R. M. é advogado, com escritório estabelecido em Brasília nas áreas tributária e empresarial, não é possível concluir que se trata de pessoa inexperiente para a celebração de contrato de compromisso de compra e venda de bem imóvel. Com relação à premente necessidade, esta apenas se configura na hipótese em que a parte se vê compelida a celebrar o contrato, mesmo que este possa lhe causar manifesto prejuízo. Contudo, é incontroverso nos autos que a iniciativa de renegociar o prazo de quitação partiu dos promitentes compradores, que ofereceram aos promitentes vendedores uma vantagem que pudesse persuadi-los a postergar o recebimento do valor pactuado. Ademais, não é razoável considerar que a "premente necessidade" alegada pelos recorrentes decorra da necessidade de resguardar o patrimônio investido no negócio jurídico, inclusive porque se encontravam em uma relação contratual equilibrada”.

permitem a anulação do negócio jurídico da lesão. O julgado também foi fundamentado a partir do enunciado 290 do CJF¹³⁵ que, a respeito da lesão, não permite a presunção da premente necessidade ou da inexperiência do lesado.

O caso retratado acima demonstra que, conscientemente, o adquirente, buscando evitar a resolução do contrato, assumiu elevado risco em perder integralmente os valores pagos. A tentativa do adquirente que, embora proponha a inclusão da cláusula, busca a anulação do negócio jurídico, fere o princípio *pacta sunt servanda*. Também é possível, subsidiariamente, defender o rompimento da boa-fé objetiva, que veda o comportamento contraditório, impondo um dever de coerência, coibindo o *venire contra factum proprium*¹³⁶.

Embora o julgado não tenha consignado expressamente, a bem da verdade é que a lesão foi afastada não apenas em razão da ausência do preenchimento de seus requisitos, mas, sobretudo, em razão do risco contratual assumido (e proposto) pelo adquirente. Ademais, o fundamento para o não provimento do recurso não precisaria ser pelo afastamento dos requisitos da lesão, mas, apenas e tão somente, o risco contratual expressamente assumido pela parte.

Por outro lado, mesmo que a proposição para a inserção da cláusula penal em patamares elevados tivesse sido realizada pelo *vendedor*, também nessa hipótese, em nossa opinião, não estariam presentes os requisitos da lesão e a manutenção do vínculo contratual novamente seria medida a ser imposta, em razão do risco contratual livre e conscientemente

¹³⁵ Enunciado 290 do Conselho da Justiça Federal: “A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado”.

¹³⁶ Segundo Menezes Cordeiro, *venire contra factum proprium* é “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007. p. 742). Na lição de Judith Martins-Costa, o *venire contra factum proprium* não tem por escopo preservar a conduta inicial, mas antes sancionar a própria violação objetiva do dever de lealdade para com a contraparte. A conduta que viola a *fides* é um pressuposto de fato, fato constitutivo, por assim dizer, do contexto situacional em que a segunda conduta poderá ser valorada como ilícita. Segundo a autora, são requisitos para a configuração do *venire contra factum proprium*: “(i) a ação de uma pessoa da qual se segue um benefício para alguém; (ii) a contrariedade a essa ação, em desfavor daquele a quem fora criado o benefício, por meio de outra ação do mesmo agente; (iii) a conexão entre as condutas contraditórias, entre si e com o inconformismo que a contradição gera no lesado; (iv) o investimento de confiança por parte do suposto lesado, sendo esse investimento de confiança traduzido em atos ou atividades; (v) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada, em geral ocasionando um dano, atual ou potencial, para o lesado, por ter confiado, legitimamente, na primeira conduta; (vi) a não vinculabilidade obrigacional do *factum proprium*; (vii) a ausência de motivo justo para a mudança no comportamento; (viii) a deslealdade implicada no voltar atrás, lesando a confiança legitimamente investida e (ix) a imputabilidade do ato a quem deslealmente, voltou atrás”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 678-680).

assumido pelo adquirente, que teria anuído com a cláusula (ainda que considerada desproporcional).

Nesse sentido, em razão do risco contratual, permitir-se uma interpretação ampliativa das expressões *inexperiência* e *premente necessidade* fere a alocação de riscos a que as partes se obrigaram.

Para nós, portanto, nada obsta que nas relações paritárias ou empresariais, as partes firmem contratos desequilibrados, desde que, naturalmente, o desequilíbrio seja consentido em razão do risco contratual conscientemente assumido por uma das partes.

Como bem referido por Anelise Becker¹³⁷, “se em todos os contratos bilaterais qualquer desproporção entre as prestações respectivas fosse considerada um vício, a maior parte de tais contratos, para não dizer todos, seria inválida, o que perturbaria gravemente a segurança necessária ao bom desenvolvimento do tráfico jurídico”.

Isso não significa, contudo, que nas relações paritárias, havendo desproporção e preenchidos os requisitos do artigo 157, o contrato não possa ser anulado. A questão que pretendemos alcançar é que, contrariamente ao quanto defendido por alguns autores, (a título exemplificativo, cite-se Anderson Schreiber, como visto acima), para nós, os requisitos que autorizam a lesão devem ser interpretados de forma restritiva, o que significa que a análise da anulação do negócio jurídico pela lesão deve ser observada de acordo com os riscos contratuais assumidos pelas partes. Mero desequilíbrio entre as prestações, em nossa opinião, não deve ser hipótese de anulação do negócio jurídico.

Nas relações empresariais, a interpretação a respeito dos requisitos da lesão deve ser realizada de forma ainda mais restrita, principalmente quando se tratar de empresa que celebra negócio jurídico relacionado à sua atividade. Talvez seja por isso que, tal como adverte João Pedro Biazzi¹³⁸, o atual projeto de lei do novo Código Comercial (art. 162), “procura afastar a possibilidade de se anular negócio jurídico empresarial por lesão ‘em razão do profissionalismo com que [o empresário] exerce a atividade empresarial’.” Ainda

¹³⁷ BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 109-110.

¹³⁸ BIAZI, João Pedro. Lesão contratual em tempos de pandemia: uma necessária análise histórico-dogmática. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 01/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323246/lesao-contratual-em-tempos-de-pandemia-uma-necessaria-analise-historico-dogmatica>. Acesso em: 23 abr. 2020.

segundo Biazzzi, o Código Civil Mexicano (art. 385) também impede o uso da lesão contratual em relações empresárias.

Assim, concordamos com Fernando Araújo¹³⁹ que, ao tratar da lesão, afirma que é “inconveniente se buscar igualdade de prestações, plasmada no equívoco conceito de preço justo que pretendia substituir-se à lógica da formação de preços no mercado”. O autor também defende a necessidade de cautela na aplicação do instituto da lesão sob pena de ser pretexto para o que chamou de ‘sentimentalismo judiciário’¹⁴⁰.

Em sua obra, Anderson Schreiber¹⁴¹ indaga: “por que alguém celebraria um contrato flagrantemente desequilibrado”? A prática forense e da vida empresarial comprova que há algumas razões para isso: (i) seja para vencer uma tomada de preços e buscar, futuramente, a elevação do preço contratado; (ii) seja para conquistar um cliente estratégico, de modo a prestar outros serviços no futuro; (iii) seja porque as pessoas e empresas, muitas vezes, cientes dos riscos envolvidos na contratação, resolvem pura e simplesmente assumi-los. O fato é: pessoas e empresas arriscam-se, corriqueiramente.

Nesses termos, embora seja tentador ao operador do direito aplicar a lesão de modo a permitir anulação do negócio jurídico ou tornar o contrato e suas prestações mais equilibradas, ao fazê-lo, poderá simplesmente reduzir ou eliminar o risco contratual assumido pelas partes, ferindo a autonomia privada e a liberdade contratual. Para nós,

¹³⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 457.

¹⁴⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 458. Ainda segundo o autor: “O conceito de lesão sofre com a circunstância de o respectivo julgamento envolver uma muito ampla margem de subjectivismo e de discricionariedade, aparentemente referida à hipótese de entre dois agentes racionais surgir um acordo – muito pouco razoável – causado por estratégia agressiva de captura de bem-estar de uma parte à custa de outra, mas na realidade referida muito mais elementarmente à constatação de que existem negócios gratuitos sem causa aparente – denotando pouco mais do que uma quase total insensibilidade àquilo que é o carácter gratuito dos contratos, nos quais transparecem quase sempre elementos de onerosidade porque quase todas as dádivas são trocas, geradoras ao menos de deveres morais de reciprocidade.” ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 457-458. Rodolfo Sacco também faz advertências a respeito do tema e aduz que a intromissão dos agentes públicos para imposição de preços, ao longo da história, foi considerada como um dos maiores horrores jurídicos econômicos do passado. “La lotta per la socialità del contratto è antica. I calmieri dioclezianeî, i prezzi dei prodotti agricoli, forzosamente bassi, che la città medievale imponeva alla campagna (in una com un poco illuminato divieto di esportazione), tutti questi espedienti hanno rifornito in modo mirabile il museo degli orrori giuridico-economici del passato. [...] Questi orrori non provano affatto che in ogni caso operi la cattiva volontà del legislatore. Provano, al contrario, che le buone intenzioni del legislatore non sono sufficienti per garantire scelte economicamente felici; e che, anzi, le buone intenzioni del legislatore non bastano neppure a far presumere che la scelta economica sia felice.” (SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1999. p. 11-12).

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 96.

portanto, algumas relações obrigacionais podem, sim, nascer desequilibradas, desde que o desequilíbrio seja risco livre e conscientemente assumido pelo contratante que não se encontra em situação de consumo, tendo refletido e anuído com tal situação¹⁴².

1.4.2 O risco e o estado de perigo

Embora Caio Mário da Silva Pereira apontasse a lesão e o estado de perigo como institutos com algumas distinções, em seu Anteprojeto resolveu uni-los em uma só seção “Da lesão e do estado de perigo” (artigo 64). De fato, os institutos possuem muitos pontos em comum, como bem ressaltado por J. M. Othon Sidou¹⁴³: “ambos, lesão e estado de perigo decorrem da necessidade premente; ambos são objeto de obrigação excessivamente gravosa, ou desproporcional ao valor da prestação oposta; ambos provêm da prática usurária”.

O Código Civil, a seu turno, resolveu separar os institutos em seções distintas no capítulo sobre os defeitos do negócio jurídico (Estado de perigo – Seção IV e Lesão – Seção V, ambos do Capítulo IV – Dos Defeitos do Negócio Jurídico), embora ambos resultem na *anulação* do negócio jurídico, nos termos do artigo 171, inciso II, do Código Civil¹⁴⁴.

¹⁴² Paula Forgioni, a seu turno, manifesta a preocupação a respeito da lesão nos contratos comerciais: “Preocupa a intervenção que pode ser dada ao art. 157 do Código Civil quando estiverem envolvidos negócios celebrados entre empresários. Será desconsiderada a força do contrato quando uma das partes ‘errar’ na sua previsão? Tomemos empresa em difícil situação econômica que, para captar determinado parceiro comercial, resolve conceder-lhe grandes vantagens. O contrato poderá ser descartado, alegando-se a lesão? Qual agente econômico racional contratará com outro que passa por percalços financeiros? Se houver o negócio, o custo a ser suportado pela empresa em dificuldades não será agravado pela situação de incerteza jurídica trazido pelo novo texto legal? Maior o risco do negócio, maior o lucro esperado, sabem aqueles ligados ao torvelinho do mercado?”. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 262).

¹⁴³ OTHON SIDOU, J. M. Lesão contratual – estado de perigo – premente necessidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Ano XXII. n. 29. Rio de Janeiro. 2º semestre de 2006. p. 61.

¹⁴⁴ O Código Civil italiano permite a ‘rescisão’ do contrato em caso de estado de perigo, nos termos do artigo 1.447: “O contrato pelo qual uma parte tenha assumido obrigações em condições iníquas, devido à necessidade, conhecida da outra parte, de se salvar ou a outrem do perigo presente de um dano grave à pessoa, pode ser rescindido a pedido de a parte que é obrigada. O juiz ao pronunciar a rescisão poderá, conforme as circunstâncias, atribuir uma compensação equitativa à outra parte pelo trabalho realizado.” (Tradução livre). Atente que a última parte do dispositivo permite compensação equitativa pelo trabalho então desenvolvido pela outra parte. Essa disposição do direito italiano foi elogiada por Teresa Ancona Lopez nos seguintes termos: “[...] a solução italiana, permitindo que o juiz estabeleça uma indenização pelo serviço prestado é muito mais simples e muito mais prática, porquanto não exige que aquele declarante que salvou o outro do perigo e que agora, diante da anulação do contrato, não terá direito a nenhum pagamento, seja obrigado a movimentar novamente todo o aparato judicial para que, por meio da ação de *in rem verso*, veja o seu direito reconhecido. [...] Anular-se, pura e simplesmente, acordos definidos somente para proteger umas das partes vai frontalmente contra o interesse social”. (LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*. vol. 22. 2002. p. 55-56).

Consoante o artigo 156, do Código Civil, “configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”¹⁴⁵.

O Código Civil ainda permitiu a caracterização do estado de perigo quando o dano se refere a pessoa *não pertencente* à família do declarante, adotando nesse caso a equidade, ao determinar que em tais situações, o juiz decidirá segundo as circunstâncias (artigo 156, parágrafo único)¹⁴⁶.

Dentre os requisitos que configuram o estado de perigo¹⁴⁷, cite-se o *dolo de aproveitamento* que, embora dispensável na lesão¹⁴⁸, é exigência legal para a configuração do instituto¹⁴⁹. Assim, é imprescindível o conhecimento da outra parte do estado de perigo em que se encontra a vítima.

A opção do legislador nesse sentido foi criticada por Anderson Schreiber¹⁵⁰ como medida incoerente. O autor afirma, contudo, que os tribunais têm facilitado tal preenchimento “extraindo sua presença das simples circunstâncias objetivas que rodeiam a contratação”¹⁵¹.

¹⁴⁵ A respeito de precedentes históricos e a evolução do conceito de estado de perigo no direito brasileiro e estrangeiro, consultar: LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*. vol. 22. 2002. p. 49-60.

¹⁴⁶ Segundo Ana Luiza Maia Nevares, o legislador brasileiro agiu bem “porque o afeto existente entre as pessoas não se circunscreve ao âmbito familiar, podendo estar perfeitamente configurado o estado de perigo se uma pessoa querida da família se encontra na iminência de sofrer um grave dano”. (NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 294). No mesmo sentido, Teresa Ancona Lopez entende pela possibilidade de se estender a aplicação do estado de perigo para situações envolvendo até mesmo noivos, namorados, amigos e colegas de trabalho. (LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*. vol. 22. p. 55).

¹⁴⁷ Segundo Fernando Martins, são requisitos da lesão “(a) a existência e a atualidade de um grave dano; (b) o nexo de causalidade entre o grave dano e a declaração obtemperada para o negócio; (c) conhecimento do fato de perigo pela contraparte receptora da declaração; (d) a assunção de uma obrigação de excessiva onerosidade; (e) o intuito do declarante de salvar a si próprio, um familiar ou um terceiro”. (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no Código Civil: uma perspectiva civil constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173).

¹⁴⁸ Daí porque se disse que “o estado de perigo enseja lesão, mas nem toda lesão é oriunda de um estado de perigo”. (OTHON SIDOU, J. M. Lesão contratual – estado de perigo – premente necessidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Ano XXII. n. 29. Rio de Janeiro. 2º semestre de 2006. p. 60).

¹⁴⁹ Nesse sentido, por exemplo, NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 294.

¹⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 147.

¹⁵¹ Nesse sentido, cita exemplo de julgados em que há o reconhecimento do perigo quando há cobrança por internação hospitalar acompanhado da afirmação de que o conhecimento da outra parte (clínica hospital) decorre da própria ‘gravidade da doença’. A exemplo disso: TJSP, 32ª Câmara de Direito Privado, Apelação

Em razão disso e após afirmar que a lesão e o estado de perigo se dirigem à mesma finalidade, Schreiber¹⁵² defende que seria melhor que os institutos fossem regidos por uma disciplina estruturalmente uniforme, ou seja, reunidos em um único e mesmo instituto. Assim, para o autor, também se aplicariam, ao estado de perigo, as mesmas propostas interpretativas que defende para a lesão.

O risco contratual deve ser confrontado com o estado de perigo. Enquanto a configuração da lesão traz maiores dificuldades ao intérprete, uma vez que requer a presença de elementos subjetivos, ou seja, a avaliação da ‘premente necessidade ou inexperiência’; no caso do estado de perigo, os requisitos ganham contornos mais objetivos.

Diferentemente da lesão, em que a inexperiência do contratante pode estar presente, mas não necessariamente significar, em nossa opinião, fundamento para a anulação do negócio jurídico (contratos empresariais, onde, por exemplo, o empresário inexperiente eventualmente não pode fundamentar a sua falta de cautela para a anulação do negócio jurídico, como defendemos anteriormente), no estado de perigo a situação diminui a capacidade do contratante contratar quando há um perigo iminente a ele, alguém de sua família ou a ele afeto.

Em primeiro lugar, porque o estado de perigo requer a existência de um *dano grave*¹⁵³ à *pessoa*, ou seja, embora não diga respeito apenas à hipótese morte da vítima ou de seus familiares ou afetos, o dano pode alcançar lesão grave ao direito de personalidade, ou seja, pode ser dano físico ou moral, em que consequências lesivas advirão, com certeza¹⁵⁴.

Assim, justamente em razão da impossibilidade ou extrema dificuldade de resistência da contratação, o vício de consentimento é mais fácil de ser evidenciado. Além disso,

n. 1026210-70.2015.8.26.0576, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 1.09.02016. A leitura desse caso, contudo, demonstra inexistir assinatura de contrato de prestação de serviços ou de termo de responsabilidade. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 148-149).

¹⁵² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 147.

¹⁵³ Como bem pontuado por Teresa Ancona Lopez, “o perigo atual significa que o acontecimento que pode originar o dano já existe e, caso não seja interrompido, consequências lesivas advirão com certeza. [...] Para caracterizar o estado de perigo basta que o declarante *pense* que está em perigo, pois é esse o móvel de sua participação em um negócio desvantajoso e tal suposição deve ser do conhecimento da outra parte. [...] A certeza de estar em perigo é elemento essencial na caracterização desse tipo de defeito”. (LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*. vol. 22. .2002. p. 54).

¹⁵⁴ Nesse sentido, vide MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no Código Civil: uma perspectiva civil constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 174.

contrariamente à lesão, o ofertante tem ciência de que a contraparte necessita da contratação e, justamente por isso, eleva o valor do preço excessivamente. A má-fé da contraparte, no caso do estado de perigo, é absolutamente evidente, o que nem sempre ocorre na lesão (pelo contrário – pode ocorrer que a parte que alega a lesão aceite conscientemente a contratação em situação possivelmente desproporcional e, futuramente, alegue vício de consentimento).

Como se nota, o risco contratual, que também pode ser caracterizado como a consciência do contratante para adotar uma conduta mais ou menos ousada para firmar um negócio jurídico, no caso do estado de perigo, fica em segundo plano. Não há alternativa ao contratante, querendo evitar grave dano a ele, seu familiar, a não ser aceitar a contratação, mesmo sabendo que a contraparte age de má-fé para se beneficiar com a situação de perigo, onerando excessivamente a prestação.

Mas isso não significa, contudo, que basta que uma pessoa ou seu familiar estejam passando por um efetivo e grave risco para que o negócio jurídico seja anulado. É situação corriqueira nos tribunais a tentativa de anulação do negócio jurídico quando, dada pessoa, alegando premente perigo, assina termo de caução (ou termo de responsabilidade) em hospital particular para possibilitar a sua internação ou de algum familiar ou afeto.

Nesse tipo de demanda, a jurisprudência tem determinado a licitude da contratação e a ausência de vício de consentimento, sobretudo quando a opção de buscar serviços de uma instituição particular (e não o sistema público) parte dos próprios contratantes¹⁵⁵. Já se decidiu, também, pela regularidade do negócio jurídico mesmo que o contratante não tenha consentido com internação em CTI, mas desde que o termo de responsabilidade tenha sido

¹⁵⁵ A esse exemplo: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – Prestação de serviços médicos/hospitalares – Internação em hospital particular, em razão do grave estado de saúde do marido da autora/apelante – Autora que assumiu a responsabilidade pelo pagamento dos valores cobrados como contraprestação dos serviços prestados (internação, exames, procedimentos, medicação, consultas médicas e materiais) – Estado de perigo não caracterizado – Autora/apelante que está obrigada a efetuar o pagamento dos serviços efetivamente prestados – Precedentes, inclusive desta Egrégia 34ª Câmara de Direito Privado – Provas dos autos que revelaram que foram prestadas as devidas informações – Sentença mantida – Recurso não provido, com majoração dos honorários recursais (art. 85, parágrafo 11º, do CPC). (TJSP; Apelação Cível 1003014-04.2020.8.26.0477; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/03/2021; Data de Registro: 18/03/2021) Vide também: “Prestação de serviços médicos emergenciais por hospital privado – Ação de cobrança – Petição inicial apta – Interesse de agir demonstrado – Ausência de prova de estado de perigo ou coação – Cláusula que permite a hospital cobrar despesas futuras não é abusiva. – Valor da condenação reduzido com base em critérios de razoabilidade, na ausência do prontuário médico do paciente – Multa moratória limitada a 2% do valor do débito – Aplicação analógica de preceito do Código do Consumidor – Recurso provido em parte”. (TJSP; Apelação Cível 1048034-90.2017.8.26.0002; Relator (a): Silvia Rocha; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/08/2018; Data de Registro: 03/08/2018).

assinado¹⁵⁶. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferido pela Ministra Nancy Andrighi, já sustentou que

[...] o tão-só sacrifício patrimonial extremo de alguém, na busca de assegurar a sua sobrevivência ou de algum familiar próximo, não caracteriza o estado de perigo, pois embora se reconheça que a conjuntura tenha premido a pessoa a se desfazer de seu patrimônio, a depauperação ocorrida foi conscientemente realizada, na busca pelo resguardo da própria integridade física, ou de familiar¹⁵⁷.

Como se nota, portanto, a apreciação do risco contratual também é relevante quando da análise do caso concreto e alegação de estado de perigo. Ainda que a contratação possa levar a pessoa à redução de seu patrimônio, esse fato não significa, automaticamente, que o estado de perigo esteja configurado. É possível que, no momento da contratação, um dos contratantes tenha conscientemente incorrido no risco de determinada internação de familiar ter custo elevado, o que poderia, por exemplo, colocar em risco seus investimentos financeiros, reduzindo substancialmente seu patrimônio.

¹⁵⁶ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – Atendimento médico-hospitalar – Ação monitória acolhida – Apelação dos réus, argumentando que a internação para CTI não foi consentida – Serviços prestados a contento e comprovados por documentação não impugnada – Termo de responsabilidade assinado livremente e que vincula o seu subscritor – Invocação de estado de perigo que não isenta de pagamento o beneficiário pelos serviços prestados, sem caracterização de qualquer excesso – Sentença mantida – Recurso improvido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1015895-85.2017.8.26.0196; Relator (a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/07/2018; Data de Registro: 27/07/2018).

¹⁵⁷ Ainda segundo o julgado “atividades empresariais voltadas especificamente para o atendimento de pessoas em condição de perigo iminente, como se dá com as emergências de hospitais particulares, não podem ser obrigadas a suportar o ônus financeiro do tratamento de todos que lá aportam em situação de risco à integridade física, ou mesmo à vida, pois esse é o público-alvo desses locais, e a atividade que desenvolvem com fins lucrativos é legítima, e detalhadamente regulamentada pelo Poder Público. Se o nosocômio não exigir, nessas circunstâncias, nenhuma paga exagerada, ou impor a utilização de serviços não necessários, ou mesmo garantias extralegais, mas se restringir a cobrar o justo e usual, pelos esforços realizados para a manutenção da vida, não há defeito no negócio jurídico que dê ensejo à sua anulação. Recurso especial provido. (REsp 1680448/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017).

1.4.3 O risco e o erro

Clovis Bevilacqua¹⁵⁸ conceitua o erro¹⁵⁹ como “a noção falsa, que vicia a manifestação da vontade”. É a ideia falsa da realidade, que conduz o declarante a manifestar o seu consentimento de maneira equivocada e contrária, caso conhecesse a verdadeira situação.

O atual Código Civil prevê a hipótese de erro substancial¹⁶⁰ quando: (i) interessa à natureza jurídica do ato; (ii) há erro sobre o objeto principal da declaração; (iii) o erro recai sobre alguma das qualidades essenciais do objeto principal da declaração (artigo 139, inciso I); (iv) diz respeito a qualidades essenciais da pessoa a quem a declaração se refere (artigo 139, inciso II); (v) há erro de direito (artigo 139, inciso III¹⁶¹).

O erro é hipótese de anulação do negócio jurídico (art. 138), mas não prejudicará a sua validade quando a pessoa, a quem a manifestação se dirige (declaratário), se oferece para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante (art. 144).

Os requisitos para a configuração do erro possuem questões relacionadas ao risco contratual. Tal como se infere do artigo 138, do Código Civil, o erro substancial que permite a anulação do negócio jurídico é aquele que “poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

¹⁵⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. vol. I. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940. p. 332.

¹⁵⁹ Embora o Código Civil intitule a Seção I, do Capítulo IV (Negócio Jurídico) como “Do Erro ou Ignorância”, como bem ponderado por Humberto Theodoro, os conceitos não se confundem. “Quando se dá o erro o agente tem um falso conhecimento da realidade, ou seja, aquilo que entrou no seu psiquismo está em desacordo com a realidade objetiva. (...) A ignorância é diversa do erro porque o agente pratica o negócio jurídico não sob falso conhecimento, mas sim no total não-conhecimento da realidade”. Embora os conceitos sejam distintos, “a distinção é puramente acadêmica, porque o erro e ignorância têm os mesmos efeitos, no plano do vício de consentimento”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Livro III – Dos fatos jurídicos: Do negócio jurídico*. vol. III. Tomo I. 3. ed. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 36).

¹⁶⁰ Somente o *erro substancial* permite a anulação do negócio jurídico. Assim, como refere Humberto Theodoro Júnior, é necessário que a opinião equivocada do declarante tenha sido a *causa determinante* do ajuste, ou seja, não fosse o erro substancial, o negócio, com certeza, não teria sido realizado pelo declarante. Consequentemente, o *erro accidental*, ou seja, aquele que incide sobre qualidades secundárias do objeto ou da pessoa, ou sobre simples motivos do negócio, não admite a anulação do negócio jurídico. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Livro III – Dos fatos jurídicos: Do negócio jurídico*. vol. III. Tomo I. 3. ed. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 70).

¹⁶¹ Essa última hipótese de erro é inovação do Código Civil de 2002 e consiste na falsa representação acerca do direito aplicável ou de sua interpretação. Segundo Anderson Schreiber, essa “noção choca-se, aparentemente, com a máxima *nemo jur ignorare consetur* (a ninguém é dado ignorar a lei)” [...] “contudo não se trata de se escusar da aplicação da lei, com o argumento de não a conhecer, mas tão somente de permitir a anulação do negócio jurídico, com efeitos apenas entre as partes”. (SCHREIBER, Anderson. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 104).

Mas essa perceptibilidade a quem se refere? Ao destinatário ou emitente da declaração de vontade? Segundo Ana Luiza Nevares¹⁶², há duas correntes doutrinárias. A *primeira*, que tal perceptibilidade “está na pessoa que emite a declaração de vontade viciada pela falsa noção da realidade. Esta deveria ter percebido o erro, mas não o fez por negligência, imprudência ou imperícia”. Assim, de forma a garantir segurança das relações jurídicas, haveria a necessidade de comprovação de que o erro não ocorreu em razão de culpa. Trata-se do requisito da “*excusabilidade do erro*”.

O erro excusável, segundo José Fernando Simão¹⁶³ “é aquele que seria cometido por qualquer pessoa, ou seja, a pessoa de diligência e cuidados ordinários, normais, médios. [...] Em suma, o erro culposo é chamado de inexcusável; já o erro sem culpa é chamado de excusável”.

Silvio Rodrigues¹⁶⁴ entendia que embora o Código Civil de 1916 não exigisse expressamente a excusabilidade do erro, a omissão do legislador de referido pressuposto na lei “decorre do fato de o legislador entender que ele se encontra implícito no conceito de erro, sendo, portanto, supérfluo insistir”. Reafirmando tal entendimento mesmo após a edição do Código Civil de 2002 o autor sustentou que “parece efetivamente impossível imaginar que a lei possa autorizar o desfazimento de um ato jurídico, em benefício de quem o promoveu baseado em erro inexcusável”. A mesma opinião é compartilhada por Francisco Amaral¹⁶⁵.

Pontes de Miranda, a seu turno, entendia que a excusabilidade não seria pressuposto para a anulabilidade porque, se houve erro, embora tido por inexcusável, há a anulabilidade. Segundo o autor, “[...] o que importa, para se conferir a ação de anulação de erro, é que

¹⁶² NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 261.

¹⁶³ SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 443.

¹⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 179. Essa mesma conclusão foi reafirmada pelo autor em manual editado após a vigência do Código Civil de 2002. Vide em: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190-191.

¹⁶⁵ Para o autor, além de essencial, deve o erro ser desculpável, isto é, “não pode ser consequência da culpa ou da falta de atenção daquele que alega o erro para tentar anular o ato que praticou. Não dispõe a lei sobre a excusabilidade do erro pelo fato de o legislador considerar implícito tal elemento no próprio conceito de erro”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 495). No mesmo sentido, reputado que o erro é apenas o “desculpável”: (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. vol. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 425).

tenha, realmente, havido o erro. Êrro pode haver, digno de se considerar elemento de suporte fático dos arts. 86-91, ainda que inescusável; porque essa inescusabilidade é na *dimensão ética* e não na *dimensão jurídica*”¹⁶⁶.

A crítica à tese de necessidade da escusabilidade do erro abriu caminho para a *segunda* teoria, ou seja, a perceptibilidade do erro estaria na parte que recebe a declaração de vontade viciada. Segundo Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁷:

Esse novo requisito da anulabilidade do negócio praticado em erro refere-se, obviamente, a quem contrata com o autor da declaração viciada, pois, só aquele teria condições de ‘perceber o erro’ e assim mesmo contratar. Se o erro fosse perceptível pela parte que o cometeu, erro não haveria, ou se houvesse seria inescusável, e assim, de qualquer maneira não se haveria de cogitar de negócio anulável.

A perceptibilidade do erro pela outra parte é requisito do Código Civil italiano (artigo 1.428¹⁶⁸), do Código Civil Português (artigo 247¹⁶⁹) e do Código Civil peruano (artigo 201¹⁷⁰). Assim, seja para tais diplomas, seja para os defensores da *segunda* corrente, o peso decisivo para a anulabilidade desloca-se da conduta de quem pratica a declaração errônea de vontade para quem a recebe, ou seja, a avaliação passa a ser uma questão de interpretação de boa-fé por parte de quem nota que a vontade exarada foi equivocada, tendo por dever comunicar ou alertar a respeito do erro.

Assim, para a *segunda* corrente, seria desprezado “[...] o requisito da *escusabilidade do erro* porque era dado vinculado à doutrina voluntarista, que foi superada pela moderna preocupação com a segurança das relações jurídicas e com a objetiva partilha dos riscos dos

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Validade Nulidade. Anulabilidade*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. § 442, n. 3, p. 313.

¹⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Livro III – Dos fatos jurídicos: Do negócio jurídico*. vol. III. Tomo I. 3. ed. coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 40.

¹⁶⁸ “Art. 1.428: “L’errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall’altro contraente”. Tradução: “O erro causa anulação do contrato quando é essencial e reconhecível pela outra parte contratante”.

¹⁶⁹ Art. 247: “Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento que incidiu sobre o erro”.

¹⁷⁰ “Art. 201: El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte”. Tradução livre: “O erro é causa de anulação do ato jurídico quando seja essencial e reconhecível pela outra parte”.

erros acaso ocorridos durante a formação do contrato”¹⁷¹. A escusabilidade do erro influi na segurança jurídica e no risco contratual.

Embora parte da doutrina já citada defenda a necessidade de o erro ser escusável, foi aprovado enunciado pelo Conselho da Justiça Federal justamente no sentido contrário. Nos termos do enunciado n. 12, da I Jornada de Direito Civil, foi entendido que “na sistemática do artigo 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”¹⁷².

Esse entendimento é compartilhado por José Fernando Simão¹⁷³, que após robusta digressão legislativa acerca do Código Civil de 2002, apresentando entendimentos de Clóvis do Couto e Silva, Moreira Alves, Clóvis Beviláqua, dentre outros, assevera que “a redação atual do artigo 138 do Código Civil resulta de uma série de equívocos de redação quando comparada à redação dos Anteprojetos de 1970 e seguintes, mas tem uma franca inspiração no Código Civil italiano e português”.

Assim, ao defender que o Código Civil de 2002 adotou a teoria da confiança, sustenta que, atualmente, não mais se requer a escusabilidade como requisito do erro, mas, apenas, a cognoscibilidade do declaratório. Para Simão¹⁷⁴, “o Código Civil se refere à pessoa do declaratório, exigindo apenas dois elementos para que o negócio possa ser anulado por erro: (i) que o erro seja substancial; (ii) que o erro seja percebido ou pudesse sê-lo por declaratório de diligência normal, de acordo com as circunstâncias do negócio”¹⁷⁵.

Embora não existam muitos julgados a respeito do tema, recentemente o Superior Tribunal de Justiça, a partir de voto da relatoria do Min. Luis Salomão, reconheceu que o

¹⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Livro III – Dos fatos jurídicos: Do negócio jurídico*. v. III. Tomo I. 3. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 43.

¹⁷² Segundo a doutrina portuguesa, o Código Civil português também não adotou a necessidade de escusabilidade ou desculpabilidade. Consoante defende Ferrer Correa, “o novo Código não subordina a relevância do erro à sua escusabilidade ou desculpabilidade. A culpa do errante não exclui, portanto, a anulabilidade do negócio jurídico”. (FERRER CORREIA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 4. reimpressão da 2. edição de 1967. Coimbra: Almedina, 2001. p. 307).

¹⁷³ SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 443.

¹⁷⁴ SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 461.

¹⁷⁵ No mesmo sentido é o entendimento de Ana Alvarenga Moreira Magalhães (MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104 e seguintes).

erro requer a presença do requisito da escusabilidade¹⁷⁶, assim como também o fizeram alguns julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷⁷. Contudo, de forma a comprovar que a matéria é controversa, o mesmo tribunal também possui julgados onde se entendeu que a escusabilidade do erro foi afastada do atual Código Civil¹⁷⁸.

Confrontando o erro com a questão do risco contratual, entendemos que a cognoscibilidade do erro pelo declaratório evidentemente é hipótese para a anulação do negócio jurídico, ainda que a redação do artigo 138 do Código Civil não o diga expressamente. Ora, se o declaratório reconhece que a vontade declarada está viciada (ainda que decorrente de culpa grave do declarante), a manutenção do contrato importaria em desprestígio à boa-fé, premiando aquele que, mesmo ciente da vontade viciada, não adverte a parte contrária do erro.

Assim, se o declaratório percebe que o declarante manifestou a sua vontade em inequívoco erro, nesse caso, a anulação do negócio jurídico é medida que se impõe. Nessa hipótese, pouco importa se o erro é escusável ou não. Aquele que age com má-fé não pode

¹⁷⁶ Segundo o julgado: “[...] o erro, vício do negócio jurídico, é causa de anulabilidade da avença, requerendo, para sua configuração, o preenchimento de três requisitos, a saber: a) substancialidade ou essencialidade; b) cognoscibilidade para o destinatário da declaração; e c) escusabilidade para o emitente da declaração”. (AgInt no REsp 1309505/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019).

¹⁷⁷ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Empreitada. Cobrança. Anulação do negócio jurídico por erro. Alegação de que houve vício de consentimento na assinatura do instrumento por ter a ré sido enganada pelo prestador de serviços. Insustentabilidade da tese, pois o contrato é bastante claro ao estabelecer que se tratava de serviços a serem prestados no apartamento da ré e não de documento feito para fins contábeis. Impossibilidade de anulação do negócio jurídico. Ação procedente. Recurso não provido, com majoração da verba honorária. A anulabilidade do negócio jurídico pressupõe erro substancial e a sua escusabilidade. Se o agente incorre em erro que poderia ter evitado, se tivesse agido adequadamente, o erro é inescusável e não vicia o negócio jurídico. (TJSP; Apelação Cível 1006060-98.2020.8.26.0477; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/10/2020; Data de Registro: 19/10/2020). No mesmo sentido: (TJSP; Apelação Cível 1003638-05.2013.8.26.0152; Relator (a): Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cotia - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/08/2020; Data de Registro: 04/08/2020)

¹⁷⁸ Ação anulatória de negócio jurídico c.c. indenização por danos materiais e morais. Compra e venda de estabelecimento comercial. Sentença que julgou improcedente a demanda. Irresignação. Existência de erro substancial no negócio jurídico entabulado entre as partes. Artigo 138 do Código Civil que adota a teoria da confiança. Irrelevância da escusabilidade ou não do erro. Réus que, enquanto antigos proprietários do estabelecimento comercial e empresários do mesmo ramo, possuíam ou deveriam possuir conhecimento acerca do estado de conservação do próprio maquinário têxtil. Empresa alienada que não possuía mínimas condições para o desenvolvimento de suas atividades. Violação do princípio da boa-fé. [...]. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 0002132-44.2011.8.26.0584; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Limeira - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/09/2017; Data de Registro: 29/09/2017). No mesmo sentido: (TJSP; Apelação Cível 0007092-28.2006.8.26.0581; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São Manuel - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 30/10/2012; Data de Registro: 31/10/2012).

ter a seu favor a manutenção de um contrato quando sabe que o consentimento da outra parte foi realizado de forma viciada.

Mas na hipótese em que o declaratório *não* percebe o erro manifestado pelo declarante, a nós, a discussão para a verificação do erro deveria se deslocar da figura da escusabilidade do erro para o risco contratual.

A princípio, não parece correta a anulação do negócio jurídico quando o declarante não vulnerável age com culpa na declaração de vontade (desatenção ou falta de cautela, por exemplo) e o erro é não é percebido pelo declaratório. Permitir que a conduta culposa do declarante possa importar na anulação do negócio jurídico parece reduzir a segurança jurídica das relações jurídicas, sobretudo quando o declaratório que age de boa-fé. Se o declarante, em razão de suas próprias circunstâncias, manifesta a sua vontade com erro inescusável, pelo prestígio da conservação dos negócios jurídicos e por uma questão de segurança jurídica, o negócio jurídico não deveria ser anulado.

Nas relações contratuais, sobretudo empresariais, a hipótese de o declarante ter manifestado sua vontade com erro inescusável não deveria permitir a anulação do negócio jurídico, caso o declaratório não tenha percebido o erro. Nessa situação, o risco contratual deve conferir uma releitura para o consentimento viciado por culpa inescusável, obrigando o declarante assumir o risco do contrato a que se obrigou.

Exemplificamos. Imagine-se que um escritório de advocacia procura empresas que forneçam *softwares* jurídicos. O escritório pede a apresentação a algumas empresas e se interessa pelo produto da empresa XPTO. Em razão do interesse, representantes da empresa comparecem ao escritório de advocacia e fazem uma apresentação mais robusta. Após deliberação dos sócios do escritório de advocacia, fica decidido que o melhor *software* é mesmo da empresa XPTO, razão pela qual pedem para que seus representantes *adquiram* o produto.

Após solicitação de orçamento, a empresa XPTO encaminha proposta demonstrando que o custo do produto é pago por usuário, no valor de R\$ 1.000,00, por mês. Da leitura do documento, facilmente identifica-se que a empresa XPTO não apresentou uma proposta de *venda* do produto em definitivo, mas, sim, *fornecimento de um serviço* que traz embutido a permissão de uso do produto mediante o valor mensal e por usuário.

Ainda que a proposta seja bastante clara nesse sentido, representantes do escritório aceitam os seus termos e pedem que a empresa encaminhe rapidamente o contrato, porque há necessidade urgente do uso do *software*. Encaminhado o contrato com objeto claro de *prestação de serviços*, representantes do escritório pouco dão importância ao documento. O contrato é assinado e, pouco tempo depois, o *software* é instalado. Após a instalação, o escritório recebe a primeira fatura e, imaginando se tratar do valor para *aquisição* do produto em definitivo, paga integralmente os valores. No mês seguinte, contudo, o escritório recebe a segunda fatura e, após contato com a empresa, nota que o contrato não era de *compra e venda* mas de *prestação de serviços*, e que o serviço não seria pago uma única vez, mas mensalmente, pelo número de usuários que utilizassem o programa.

Nessa situação, indaga-se se estariam presentes os requisitos que ensejam a anulação do negócio jurídico. O escritório de advocacia, por pura desídia, não se atentou quanto ao objeto do contrato, incorrendo em erro que interessa à natureza do negócio (artigo 139, inciso I), inclusive com relação à remuneração.

A empresa XPTO recebe com surpresa o pedido de anulação do negócio jurídico, porque nunca imaginou que um escritório de advocacia não teria se atentado para os claros termos da proposta e do contrato, não tendo notado qualquer equívoco na declaração exarada. Nessa situação, a falta de diligência do escritório não deveria permitir a anulação do negócio jurídico. A extinção da avença deveria seguir a forma estabelecida no contrato, no plano da eficácia, com os encargos e multas devidos pela parte que pretende extingui-lo de forma imotivada e sem fundamento. Assim, na verificação do erro, parece haver a necessidade de um maior prestígio ao risco contratual assumido pelas partes e à estabilidade das relações contratuais.

Resta ainda a solução de uma questão. Sendo admitido que o erro inescusável também é hipótese de anulação do negócio jurídico, o declaratório que sofreu os prejuízos decorrentes da culpa do declarante poderia intentar ação de indenização?

Humberto Theodoro Júnior¹⁷⁹ afirma que “na atual concepção da teoria da confiança, em que a anulabilidade depende da participação culposa do destinatário da declaração

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Livro III – Dos fatos jurídicos: Do negócio jurídico*. vol. III. Tomo I. 3. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 66.

negocial viciada por erro, não há como impor ressarcimento de perdas e danos àquele que promove a anulação do negócio jurídico”. Nesse sentido, o Código Civil peruano expressamente *não* admite indenização decorrente de anulação do negócio jurídico decorrente de erro (artigo 207)¹⁸⁰.

Ousamos divergir. A partir do reconhecimento que todo contrato possui riscos, ainda que se defenda a anulação do negócio jurídico na hipótese de erro indesculpável e decorrente de culpa grave, a parte que sofreu os prejuízos com a anulação do negócio jurídico deveria ser indenizada, tal como já se defendia na redação do Anteprojeto de 1970 do Código Civil¹⁸¹. Como bem asseverou Renan Lotufo¹⁸²

[...] não se deve tutelar somente aquele que cai em erro, mas também a outra parte, que pelo efeito do erro não pode concluir o negócio. Se a outra parte podia reconhecer o erro usando a ordinária diligência, e não podia ter fé na validade do negócio, é justo que o negócio seja anulado. Mas se, ao contrário, a outra parte não tinha como reconhecer a existência do erro, seria injusto imputar-lhe o risco de perder o negócio.

Em resumo. A partir de uma correta interpretação do risco contratual, se o declarante age com culpa grave na manifestação da vontade, sem que o declaratário o tenha percebido, não há razão para anulação do negócio jurídico. Para nós, haveria a necessidade de manutenção do contrato¹⁸³.

¹⁸⁰ “Art. 207. La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes”. Tradução livre: “A anulação do ato por erro não dá lugar à indenização entre as partes”.

¹⁸¹ “Art. 147: São anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial. Parágrafo único. Se o declarante houver agido culposamente, a parte prejudicada poderá exigir a reparação do dano emergente, se não sabia da existência do erro”. Informação obtida em: SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 447.

¹⁸² LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Parte Geral. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 383.

¹⁸³ Nesse sentido, concordamos com José Fernando Simão ao afirmar que “[...] se a declaração desperta confiança, gerando justas expectativas ao declaratário, essa confiança merece proteção jurídica que se dá pela conservação do negócio em detrimento de sua nulidade. Nesse sentido, a cognoscibilidade do erro é decorrência direta da teoria da confiança, que, por sua vez, é decorrência da boa-fé objetiva”. (SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 456).

1.5 O risco e a resolução/revisão dos contratos

1.5.1 A resolução/revisão dos contratos no Código Civil

A ocorrência de um evento imprevisível pode acarretar a impossibilidade de as partes cumprirem as suas obrigações¹⁸⁴. Quando a *prestação* se torna impossível de ser cumprida, por fato não atribuível às partes, fica a parte autorizada a pleitear a resolução contratual, sem culpa, nos termos do Código Civil: artigos 234 (obrigação de dar coisa certa), 248 (obrigação de fazer) e 250 (obrigação de não fazer)¹⁸⁵. Estamos no campo da impossibilidade superveniente da prestação que, segundo João Biazi¹⁸⁶ “[...] é a situação, vislumbrada após a formação do vínculo obrigacional, na qual o devedor, por razão inimputável a ele, não pode, independentemente da sua vontade, realizar a prestação”. Como bem referido por Marco Fábio Morsello¹⁸⁷ “tratando-se de evento que escape ao controle do devedor, ou seja, sem qualquer participação causal sua, emerge a viabilidade da impossibilidade subjetiva de cumprimento”, desde que observados alguns requisitos¹⁸⁸.

¹⁸⁴ O Código Civil português, a partir do artigo 790º, trata da impossibilidade da prestação. Da leitura do texto legal, nota-se que o legislador português teve uma cautela maior com o tratamento da matéria. A respeito da impossibilidade no cumprimento das obrigações no regime jurídico português, vide PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2.020. A propósito do tema e versando sobre impossibilidade e risco, como bem ressaltado por Patrícia da Guia Pereira, “a expressão do princípio da correspectividade das obrigações num contrato sinalagmático deve orientar os casos em que ocorra uma perturbação fortuita das prestações. Assim, tendo as partes contratado na expectativa de obterem um determinado resultado econômico em virtude do contrato, é justo que se, porventura, uma das prestações se furtar por causa não imputável a qualquer uma delas, suportem ambas a desvantagem inerente, no sentido de serem reciprocamente exoneradas de cada uma das respectivas prestações debitórias a que estavam adstritas. Nesse sentido, também se afirma que o risco recai sobre o credor de cada uma das prestações”. (PEREIRA, Patrícia da Guia. Cláusulas contratuais gerais abusivas e distribuição de risco. *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*. Junho de 2007. p. 107).

¹⁸⁵ Especificamente a respeito da emergência epidemiológica do COVID-19 como causa de impossibilidade superveniente da prestação e, em particular, nos contratos de execução continuada, assim como a impossibilidade temporária, sugere-se a leitura de VERZANI, Stefano. *Effetti sui contratti in corso, dell'emergenza legata al Covid-19*. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffré Lefebvre, 2020. *Emergenza Covid-19. Speciale*. n. 1. p. 213 e seguintes e MAURO, Antonio de. *Pandemia e contratto: spunti di riflessioni in tema di impossibilità soppravenuta della prestazione*. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffré Lefebvre, 2020. *Emergenza Covid-19. Speciale*. n. 1. p. 227 e seguintes. Na doutrina portuguesa, vide BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a impossibilidade e a alteração superveniente das circunstâncias: reflexões a propósito da pandemia de COVID-19. *Revista do Ministério Público*. Número Especial Covid-19: 2020. p. 227-258.

¹⁸⁶ BIAZI, João Pedro de Oliveira. *A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor*. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 4.

¹⁸⁷ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 179.

¹⁸⁸ Os requisitos da impossibilidade superveniente são bem observados por Marco Fábio Morsello: “[...] 1. Não ter advindo de uma atuação culposa, isto é, de uma conduta destinada a inviabilizar a prestação ou da inobservância dos deveres de cuidado que ao caso coubessem. 2. Não ter ocorrido em uma área em que o risco coubesse, por inteiro, ao devedor. 3. O próprio devedor não ter assumido a garantia do resultado da prestação”. MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 179.

A extinção contratual também pode ocorrer se o fato causar *frustração do fim do contrato*, expressão que, segundo Rodrigo da Guia Silva e Eduardo Nunes de Souza¹⁸⁹ alude à “impossibilidade de concretização do programa contratual originário, isto é, da concretização da síntese de interesses que as partes objetivamente inseriram na avença”. A frustração do fim do contrato se dá a partir da constatação de que a prestação a cargo do devedor não mais se revela idônea a promover a síntese de interesses insculpidos no contrato¹⁹⁰.

Por outro lado, se o fato imprevisível traz abalos ao programa contratual originário, mas permite que a prestação continue a ser prestada (ainda que parcialmente e em momento

¹⁸⁹ GUIA, Rodrigo da; SOUZA, Eduardo Nunes de. Resolução contratual nos tempos do coronavírus. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 25/03/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 30 abr. 2020.

¹⁹⁰ A frustração do fim do contrato, segundo Rodrigo Barreto Cogo é uma das formas pelas quais “há a perturbação da base do negócio em sentido objetivo; sob a perspectiva da teoria da causa, representa situação de perda superveniente da causa concreta do negócio. Trata-se de hipótese na qual a prestação é plenamente possível, mas o contrato perdeu seu sentido, sua razão de ser, por não ser mais possível alcançar seu fim, seu escopo, sua função (concreta) em decorrência da alteração das circunstâncias”. (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 168). A respeito do tema, importante o destaque do enunciado 162 do CJF: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”. O Código Civil argentino, por sua vez, previu expressamente a frustração pelo fim do contrato: “Artículo 1090 - Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”. Tradução livre: “Artigo 1090 – Frustração da finalidade. A frustração definitiva do objeto do contrato autoriza a parte prejudicada a declarar a sua resolução, desde que tenha como causa uma alteração extraordinária das circunstâncias existentes no momento da sua celebração, alheia às partes e que exceda o risco assumido pela parte afetada. A resolução entra em vigor quando esta parte comunica sua declaração extintiva à outra. Se a frustração da finalidade for temporária, só há direito de resolução se for impedido o cumprimento oportuno de uma obrigação cujo tempo de execução é imprescindível”. Na doutrina portuguesa, Catarina Monteiro Pires afirma que a frustração do fim corresponderia ao desaparecimento da base objetiva do negócio jurídico e a respeito do tema, exemplifica duas situações em que o devedor fica impossibilitado ao cumprimento da prestação, liberando-se ao dever de prestar. Segundo a autora, “(...) na decisão do OLG (Tribunal Regional de Apelação Alemão) de Karlsruhe a 15 de maio de 1992, considerou-se que a falta de disponibilidade de um recinto público pra realizar um espetáculo de carnaval, em virtude da recusa do mesmo pelo presidente da junta, era motivo bastante para que, com recurso ao desaparecimento da base do negócio, o contrato acordado entre o organizador do espetáculo e certa banda musical (...) ficasse sem efeito, não tendo aquele que pagar a estes qualquer quantia”. Por outro lado, a mesma autora, comprovando a controvérsia envolvida no tema, asseverou que “(...) outro exemplo interessante corresponde ao caso julgado pelo BGH (Tribunal Federal Alemão), em que uma empresa organizadora de concertos musicais ‘A’ contratou uma empresa de iluminação técnica e de *design* de luz ‘B’ para determinada temporada, tendo em vista a iluminação dos concertos da *tournee* do grupo ‘Tic, Tac, Toe’. Depois de ter sido adiado o início da referida *tournee*, a realização da mesma é definitivamente afastada, em virtude da desagregação do grupo musical. B exigiu de A o pagamento da remuneração acordada. Nesse caso, o BGH entendeu que estaria obrigado a remunerar o devedor nos termos do § 615 BGB”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 351-352 e 356).

futuro), havendo o interesse do credor, salvo disposição legal ou contratual, o contrato se mantém. Nessa hipótese, contudo, a parte lesada pela onerosidade excessiva causada pelo fato imprevisível pode pleitear a revisão contratual, que possui previsão no Código Civil.

A partir da cláusula *rebus sic stantibus*¹⁹¹, a doutrina relata que diversas teorias foram desenvolvidas para tratar da revisão dos contratos (a esse exemplo, cite-se a teoria da

¹⁹¹ Segundo Menezes Cordeiro, a cláusula *rebus sic stantibus* postulava que “a vigência contratual dependia da manutenção do status quo próprio do momento da conclusão, sem o que a eficácia dos pactos ficava comprometida”. (MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha. (S.N), Lisboa, 1989. p. 300).

pressuposição¹⁹², teorias da base do negócio (objetiva e subjetiva)¹⁹³, teoria da imprevisão¹⁹⁴, dentre outras). Não obstante as mais diversas teorias, o Código Civil brasileiro, no artigo

¹⁹² A teoria da pressuposição foi desenvolvida por Windscheid e, segundo relata Arnaldo da Fonseca, “quem manifesta uma declaração de vontade sob certo pressuposto, quer, da mesma forma que aquele que a emite condicionada, que o efeito jurídico venha a existir somente dado um certo estado de relações. Se aquele subsiste sem verificar-se a pressuposição, isso não corresponde ao querer verdadeiro do autor da declaração de vontade, o qual, assim prejudicado, se poderia defender contra o beneficiado, tanto com uma exceção, como instituindo, por sua vez, uma ação tendente a fazê-lo cessar [...] A pressuposição agiria assim como autolimitação da vontade, dando vida a uma *conditio* e a uma *exceptio*. E poderia referir-se tanto a uma circunstância futura, como presente ou passada, tanto o fato positivo como negativo”. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 209).

¹⁹³ Inicialmente, Paul Oertmann elaborou a teoria da base subjetiva do negócio jurídico. Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior “as circunstâncias independentemente de sua condição temporal (presentes, passadas e futuras), que os contratantes tiveram como motivação ao se vincular contratualmente, existentes no instante desse ato, devem ser tomadas como critério de adstringência ao cumprimento das cláusulas. Alteradas tais circunstâncias, modificada a base subjetivas, admite-se a liberação da parte devedora”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 83). Em seguida, Karl Larenz, acolheu e formulou de modo radical a teoria da base do negócio jurídico, fazendo uma combinação das teorias subjetivas e objetivas, em uma construção unitária e sistemática. Novamente Otavio Rodrigues Júnior é quem explica a tese desenvolvida por Larenz: “A base subjetiva da determinação da vontade de uma ou de ambas as partes influenciou decisivamente sobre a formação dos motivos contratuais, na medida em que atua como a representação mental no ato conclusivo do negócio. A base objetiva seria ‘o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, já que, a não ser assim, não se atingiria o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria sentido, fim ou objeto’.” (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 83). Karina Nunes Fritz, por sua vez, também explica didaticamente a teoria da base objetiva do negócio: “A teoria da base do negócio baseia-se em uma ideia simples e concreta: todos os contratantes, ao celebrar um negócio, partem – de forma consciente ou não – de certos pressupostos e circunstâncias objetivas de natureza social, econômica, política, jurídica etc., sobre as quais formam a decisão de contratar. Essas circunstâncias, embora não cristalizadas em cláusulas contratuais, formam a base do negócio e, por isso, precisam se manter relativamente estáveis até o momento da execução para que o contrato, enquanto ato de regulação jurídico-privada, faça sentido e permita alcançar o fim último perseguido pelas partes. Se depois da celebração ocorrem eventos graves e excepcionais que alteram profundamente as circunstâncias que formaram a base do negócio, tornando irrazoável (ou inútil) o cumprimento da prestação, o contratante prejudicado pode pedir a revisão (ou a extinção) do contrato, desde que se possa concluir, a partir de ampla análise das circunstâncias do caso concreto, principalmente da repartição dos riscos, que a manutenção do contrato nas condições originalmente pactuadas se tornou irrazoável”. (FRITZ, Karina Nunes. *A revisão contratual e a quebra da base do negócio. Migalhas*. Publicado em 17/12/2020 e acessado em 04 de maio de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/88a3be2236290e_migalhas_basedonegocio.pdf). Catarina Monteiro Pires, a seu turno, ao distinguir a base objetiva e subjetiva, aduz que a primeira corresponde “(...) às representações de ambas as partes ou de uma delas mas pelo menos conhecida da outra parte” e que a segunda diz respeito “às circunstâncias de cuja existência ou permanência depende a subsistência do negócio jurídico, como regulação provida de significado, à luz do fim típico ou do fim conferido no conteúdo contratual”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 356). Ainda na doutrina portuguesa e a respeito do conceito de base objetiva e subjetiva, vide DUARTE, Diogo Pereira. A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias a propósito dos *swaps*. *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra. Ano 7. n. 1 (2015). p. 231.

¹⁹⁴ Embora o *Code* tenha sido editado a partir de ideologia liberal, caracterizada pela não interferência do Estado nas relações contratuais, a partir de consequências advindas da primeira guerra mundial, foi criada a *théorie de l'imprévision*, cuja jurisprudência francesa acolheu para administrar efeitos físicos e econômicos decorrentes da guerra. A partir da *Loi Failliot*, de 1918, foi permitida a resolução dos contratos comerciais concluídos antes do início do conflito mundial, desde que tivessem por objeto a entrega de mercadorias ou gêneros em prestações sucessivas ou diferidas, e em que um dos contratantes demonstrasse ter sofrido prejuízos exagerados em virtude da guerra. A teoria da imprevisão foi introduzida no *Code* apenas em 2016 (art. 1.195).

478, foi claramente influenciado pelo Código Civil italiano¹⁹⁵ que, por sua vez, emprega a expressão ‘onerosidade excessiva’¹⁹⁶. Diz a lei brasileira:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

A revisão ainda encontra lugar no artigo 317 que, por sua vez, determina

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Além dos citados dispositivos, o Código Civil também possui outros artigos que tratam da revisão de contratos em espécie¹⁹⁷, além do recente incluído art. 421-A, III, que afirma que a revisão contratual ocorre de maneira excepcional e limitada. Para o objetivo deste trabalho, analisaremos, neste momento, os artigos 317 e 478, e seus requisitos. Antes, contudo, importante cuidar da controversa questão envolvendo a legitimidade para o pedido de revisão.

¹⁹⁵ Art. 1.467: Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale e' domandata la risoluzione puo' evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. Tradução livre: “Nos contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pelo verificar de ocorrências extraordinárias e imprevisíveis, pode a parte que deva tal prestação pedir a resolução do contrato, com efeitos estabelecidos no art. 1458. A resolução não pode ser pedida se a onerosidade integra a álea normal do contrato. A parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la oferecendo modificar equamente as condições do contrato”. Quanto aos requisitos que ensejam a resolução do contrato segundo o artigo 1.467, vide DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 203 e seguintes. A respeito da evolução do tema da alteração de circunstâncias no Direito Civil português, francês, alemão e italiano, cite-se MENEZES CORDEIRO, António. A crise e a alteração de circunstâncias. *Revista de Direito Civil*. Ano 1 (2016), n. 1. p. 12 e seguintes.

¹⁹⁶ Em tom crítico ao legislador brasileiro, Karina Nunes Fritz afirma que o artigo 478 do Código Civil “é uma cópia agravada do art. 1.467 da lei italiana” e defende o abrandamento de seus requisitos. (FRITZ, Karina Nunes. A revisão contratual e a quebra da base do negócio. *Migalhas*. Publicado em 17/12/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/88a3be2236290e_migalhas_basedonegocio.pdf Acesso em: 04 maio. 2021).

¹⁹⁷ Não é objetivo, neste trabalho, adentrar nessas hipóteses de revisão. Contudo, consigne-se que tais situações estão previstas: (i) no artigo 567 (a prever a redução proporcional do aluguel, na hipótese de deterioração da coisa locada), (ii) nos artigos 621 e 625, II (que tratam da revisão contratual em contratos de empreitada) e no artigo 770 (que cuida da revisão do prêmio em contrato de seguro).

1.5.1.1 Da legitimidade para o pedido de revisão contratual

Nos termos do artigo 478 do Código Civil, atendidos os seus requisitos, permite-se ao *devedor* pleitear a *resolução* do contrato (o dispositivo encontra-se no capítulo sobre a resolução contratual). Não aduz expressamente, o dispositivo, a possibilidade de a parte lesada pela onerosidade excessiva pleitear a *revisão*. Em razão disso, a doutrina brasileira passou a analisar a possível legitimidade de também o onerado pleitear a revisão do contrato.

Considerando que o art. 478, do Código Civil, é praticamente a reprodução do já citado artigo 1.467, do Código Civil italiano, importante entender as razões daquele dispositivo. Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva¹⁹⁸

[...] para o direito italiano, o efeito primordial da alteração das circunstâncias não é a revisão, mas sim a resolução contratual. Essa resolução, ao contrário do que ocorre com a resolução por inadimplemento, é benefício atribuído ao devedor. Se este, por incúria ou negligência, deixa de prever evento imprevisível ao comum devedor de tal espécie contratual, não pode ser beneficiado, pois tal benefício redundaria em insegurança para as relações e em prejuízo para o credor que, provavelmente, também estaria em condições de prever a ocorrência do fato.

Paolo Gallo¹⁹⁹ destaca que na lei italiana não cabe à parte pedir diretamente a revisão do contrato, assim como o juiz não tem a faculdade de fazê-lo. De fato, enuncia a última parte do artigo 1.467, do Código Civil italiano que a parte contra qual é demandada a

¹⁹⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 169.

¹⁹⁹ GALLO, Paolo. *Trattato di diritto civile: Il contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2017. p. 1002. No original: “Il legislatore del 1942, pur non avendo previsto in generale la possibilità di chiedere la revisione del contratto, ha concesso alla controparte di paralizzare la domanda attrice mediante idonea offerta di riduzione ad equità (art. 1.467). La norma, del tutto corrispondente a quanto disposto dagli artt. 1432 e 1450 è espressione del principio generale di conservazione del contratto, ed è finalizzata a consentire alla controparte di evitare lo scioglimento del contratto, e la conseguente perdita di valore da esso appresentato. Fermo peraltro il principio che la parte la cui prestazione si diventata eccessivamente onerosa no há la facoltà di chiedere direttamnete la revisione del contratto, e parimenti i giudici non ha quella di disporla autonomamente”. Tradução livre: “O legislador de 1942, apesar de não ter previsto em geral a possibilidade de requerer a revisão do contrato, permitiu à contraparte paralisar a demanda demandante por meio de oferta adequada de redução por equidade (art. 1.467). A regra, correspondendo integralmente ao disposto nos artigos 1432 e 1450 é a expressão do princípio geral de conservação do contrato e visa permitir à contraparte evitar a resolução do contrato e a consequente perda de valor que representa. Não obstante o princípio de que a parte cuja prestação se tornou excessivamente onerosa, entendo não ter o direito de pedir diretamente a revisão do contrato, da mesma forma o juiz não tem a faculdade de assim o fazer”.

resolução pode evitá-la, o oferecendo a modificação das condições do contrato.²⁰⁰ Nesse sentido, Vincenzo Roppo²⁰¹ aduz que a parte lesada pela onerosidade excessiva tem a faculdade de pleitear a resolução do contrato e não a revisão:

A resolução é, portanto, o principal remédio contra a onerosidade superveniente. A opção pela resolução é escolha exclusiva do onerado: como é natural, tratando-se de um remédio dado no seu interesse [...] se a parte lesada decide para resolução, a contraparte pode evitá-la oferecendo a redução do contrato por equidade. A parte lesada, por outro lado, não tem o poder autônomo de provocar a redução do contrato por equidade.

A tese da impossibilidade de a parte onerada pleitear a revisão do contrato ganha ainda mais fôlego quando verificamos, a partir da leitura do artigo 479, do Código Civil, que, assim como na lei italiana, é o réu da demanda resolutiva (aquele que não intentou a ação judicial ou que não foi onerado, portanto), quem pode oferecer a revisão do contrato²⁰²

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, *oferecendo-se o réu* a modificar equitativamente as condições do contrato (grifamos).

Note que o Código Civil português²⁰³, por seu turno, ao contrário do brasileiro, estabeleceu no artigo 437 a possibilidade de a parte lesada pleitear *a resolução ou*

²⁰⁰ “La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

²⁰¹ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 424. Trecho original: “La risoluzione è dunque il rimedio primario contro l’onerosità sopravvenuta. La sua attivazione è rimessa alla scelta esclusiva della parte gravata: come è naturale, trattandosi di rimedio dato nel suo interesse [...] se la parte gravata decide per la risoluzione, controparte può evitarla offrendo di ridurre il contratto a equità. La parte gravata, di contro, non ha l’autonomo potere di provocare la riduzione del contratto a equità”.

²⁰² Destaque-se o trecho do artigo 1.467, do Código Civil Italiano: “[...] La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”, ou seja, “A parte contra a qual a resolução é pleiteada pode evitá-la oferecendo-se para alterar os termos do contrato de forma justa”.

²⁰³ Art. 437º. do Código Civil Português: 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior. Nuno Manuel Pinto Oliveira, ao interpretar o art. 437º, n. 1º, afirma que ao dizer que a parte prejudicada tem direito à modificação do contrato, pode estar a querer significar três coisas diferentes: “(i) em primeiro lugar, pode estar a querer significar que a alteração das circunstâncias tem como efeito automático e necessário a adaptação ou modificação do conteúdo do contrato; (ii) em segundo lugar, pode estar a querer significar que a parte prejudicada tem o poder de exigir um comportamento da parte não prejudicada. (iii) em terceiro lugar, pode estar a querer significar que a parte prejudicada não tem o poder de exigir nenhum comportamento – tem o poder de modificar o conteúdo do contrato – o direito à modificação do contrato do art. 437º, n. 1º, do Código Civil, seria um direito potestativo”. Em seu artigo, Nuno Manuel Pinto Oliveira defende que o sistema português dá preferência à modificação do contrato e não à resolução. (OLIVEIRA,

modificação do contrato por alteração das circunstâncias²⁰⁴. Não há distinção, na Lei portuguesa, se o credor ou devedor é quem detém legitimidade para o pleito da resolução, muito menos qual das partes poderá aceitar a modificação do contrato, tal como apontado por José Oliveira Ascensão²⁰⁵ e Pedro Melo²⁰⁶.

Defendendo a *impossibilidade* de o devedor realizar a oferta de modificação equitativa do contrato com base nos artigos 478 a 480, Francisco Marino²⁰⁷, em sua recente obra, destaca

No sistema dos arts. 478 e 479, do Código Civil, cabe ao devedor da prestação tornada excessivamente onerosa pleitear unicamente a resolução da relação contratual, podendo o credor requerido, evitá-la, oferecendo-se a modificar equitativamente as bases do contrato. O poder de modificar as bases do contrato não é conferido ao devedor, muito menos, *ex officio*, ao juiz.

Qual a razão de o legislador ter conferido, no artigo 478, a possibilidade de apenas o onerado pleitear a resolução do contrato? É possível que tenha optado assim como forma de

Nuno Manuel Pinto. Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato. In: SEQUEIRA, Elsa Vaz de; SÁ, Fernando Oliveira e (coord.). *Edição do Cinquentenário do Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 255 a 311). Também a respeito da preferência pela modificação e não resolução do contrato, no Direito português, cite-se MELLO, Alberto de Sá. Modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias, no contexto da pandemia COVID-19 (breve anotação ao regime da lei civil). *Revista jurídica JURISMAT*. Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes. Portimão. Novembro de 2020. P. 247/255.

²⁰⁴ A respeito dos requisitos que permitem a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, Menezes Cordeiro enuncia: “quando (1) o circunstancialismo no qual ambas as partes assentaram a intenção de contratar; (2) sofra uma alteração anormal e imprevisível; (3) provocando um dano grave a uma delas; (4) de tal modo que a exigência, a essa parte, das obrigações assumidas, contrarie gravemente a boa-fé; (5) e não estando o dano em causa coberto pelo expresso regime do risco do contrato”. (CORDEIRO, António Menezes. Covid-19 e boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Número temático: COVID-19 e o Direito. Ano LXI. 2020. Número 1. p. 41).

²⁰⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade Excessiva por ‘Alteração das Circunstâncias’. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65 (2005). p. 640. Nuno Manuel Pinto Oliveira, ao criticar a jurisprudência portuguesa em matéria de revisão contratual, aduz que “há uma lógica de *tudo ou nada*, ou bem que o tribunal aplica o regulamento contratual nos seus termos iniciais ou originários, sem qualquer adaptação ou modificação, ou bem que não o aplica, dando-o como extinto”. Referido autor, contudo, manifesta que prefere a adaptação e modificação do contrato sobre a resolução, em caso de alteração das circunstâncias. (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato. In: SEQUEIRA, Elsa Vaz de; SÁ, Fernando Oliveira e (coord.). *Edição do Cinquentenário do Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 256).

²⁰⁶ Pedro Melo afirma que há uma escolha (pela resolução ou pelo pedido de modificação do contrato) que é do “lesado”. Ainda segundo o autor, o legislador português aparenta ter optado por privilegiar um resultado tendente à manutenção do negócio jurídico e não à resolução. (MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 88).

²⁰⁷ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 72.

conferir menor intervenção judicial nos contratos, valorizando a autonomia privada. Exemplificamos. Se a prestação do onerado é o pagamento de dez mil reais mensais em contrato duradouro e, em razão de um fato superveniente e imprevisível, ele só consegue honrar com o pagamento de sete mil reais mensais, não há que se impor essa nova condição ao credor. Compete, ao onerado, presentes os requisitos legais, pedir a resolução do contrato, por onerosidade excessiva. Pelo texto legal, compete apenas ao réu, em razão da demanda proposta pelo onerado, manifestar a possibilidade de manutenção do contrato, oferecendo modificação equitativa das condições do contrato a que a parte onerada, talvez, consiga adimplir.

Talvez o objetivo do legislador tenha sido afastar o risco, ao credor, de ter de sujeitar-se a um pedido de revisão formulado pelo devedor, que poderia, com maior facilidade, buscar afastar as condições contratuais a que se obrigou.

Mas a doutrina é majoritariamente crítica à *impossibilidade* de a parte onerada pleitear a revisão do contrato, com fundamento no artigo 478, do Código Civil. Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo²⁰⁸, “se a lei autoriza ao magistrado resolver o contrato, por lógica também deve permitir a revisão, que seria uma intervenção judicial menos invasiva na liberdade contratual e na obrigatoriedade do contrato”.

Nesses termos e como medida de conservação do negócio jurídico, a doutrina majoritária entende possível o pleito de revisão do contrato iniciado pelo devedor. Ademais, esse foi o entendimento que prevaleceu no enunciado 367 do CJF, que permite ao juiz realizar a modificação equitativa do contrato²⁰⁹.

²⁰⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 313.

²⁰⁹ Enunciado 367 - Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

Essa também é a posição defendida por Antonio Junqueira de Azevedo²¹⁰ e outros autores²¹¹. Segundo Junqueira de Azevedo

Numa primeira leitura, o art. 478 dá a entender que a parte de um contrato sinalagmático, cuja prestação houver se tornado excessivamente onerosa, poderá pleitear somente a resolução do contrato, e não sua revisão [...] Na praxe, todavia, [...] uma das partes, já de início, pode pedir a revisão e, na sentença, pode o juiz rever o contrato, desde que pelo menos um dos contratantes assim tenha pedido.

Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado 176, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²¹² cuja ideia principal, embora encontre diversos adeptos na doutrina, não passou incólume a algumas críticas²¹³.

²¹⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193. Prossegue o autor: “A parte prejudicada pela alteração das circunstâncias (seja o devedor de uma prestação que se tornou excessivamente onerosa, seja o credor de uma prestação que se tornou irrisória em comparação com a sua própria prestação) pode, em primeiro lugar, ajuizar ação pleiteando a resolução do contrato, com fundamento no art. 478, do Código Civil. Em segundo lugar, pode propor ação de revisão [...]”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 195).

²¹¹ Acompanha esse entendimento Otavio Luiz Rodrigues Junior (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 163) e Nelson Rosenvald e Cristiano Farias, que consideram “[...] que a solução mais adequada consiste em facultar ao próprio autor a dedução do pedido revisional na inicial. O princípio da conservação do negócio jurídico demanda que o ordenamento produza norma hábeis a preservar as relações obrigacionais e que, apenas em última instância, as desfça. A resolução, portanto, deveria ser cogitada como segunda opção, aplicável às hipóteses em que o magistrado perceba a impossibilidade de reconstrução da justiça contratual, até mesmo quando o credor demonstre ser ele o prejudicado pela revisão”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 533). Anderson Schreiber também possui entendimento nesse mesmo sentido e afirma que “[...] se mesmo diante de vício de invalidade, a ordem jurídica procura preservar o negócio jurídico, evitando sua extinção desde que conservado o comum interesse das partes, não há razão para que não se procure preservá-lo diante de um desequilíbrio superveniente que se afigure passível de correção” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 257). José de Oliveira Ascensão, ao tratar do direito brasileiro, afirma “[...] pareceria que o efeito geral seria a resolução, e a modificação do contrato só poderia fazer-se a pedido da contraparte (arts. 479 a 480). Há, porém, que contar com o princípio da conservação ou aproveitamento do negócio jurídico, que devemos considerar um princípio geral, embora só se manifeste na lei em casos singulares. É dele afloramento o artigo 184, sobre a redução dos negócios jurídicos inválidos; e mais incisivamente, o artigo 170, inovação do código actual, que permite a conversão do negócio nulo noutro que contenha os requisitos, quando o fim que as partes visavam permita supor que o teriam querido, em caso de nulidade. Há que proceder à sistematização das várias hipóteses, pois isso permite a chegar a resultados diversificados”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020).

²¹² Enunciado 176 - Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução.

²¹³ Nesse sentido, atente-se para as palavras de Francisco Marino: “[...] cumpre notar, primeiramente, que o princípio da conservação não atua de modo ilimitado. Ao contrário, como a própria formulação acima referida

A jurisprudência pesquisada, conferindo interpretação ampliativa ao texto legal, mas seguindo a posição majoritária da doutrina, admite a possibilidade de o onerado, com fundamento no art. 478, intentar diretamente a ação revisional, sobretudo em ações que versam sobre contratos bancários²¹⁴. No mesmo sentido, em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, admitiu-se a possibilidade de o devedor propor ação judicial para revisão de contrato de compra e venda de insumos industriais²¹⁵.

A corrente defensora da possibilidade de o onerado intentar a *revisão* (e não a resolução) quando presentes os requisitos do artigo 478, do Código Civil, certamente tem tido maior voz, não obstante firme corrente doutrinária contrária, tal como visto anteriormente.

É bem verdade ainda que a pandemia do Covid-19 e seus contornos fez com que alguns autores italianos²¹⁶ tecessem críticas ao atual sistema de revisão do Código Civil

já deixa transparecer, a possibilidade de manter o negócio jurídico existente, válido e eficaz, dependerá dos limites que lhe forem assinalados pelo direito positivo. [...] a atuação do princípio da conservação deve cessar diante da previsão, em norma legal específica, de meio tido pelo legislador como eficaz para obter o resultado conservativo em determinada situação concreta. [...] Dito de outro modo, a afirmação de um princípio geral da *conservação* dos negócios jurídicos, com a qual a unanimidade dos autores parece concordar, não permite deduzir um princípio geral da *revisão* dos contratos, como alguns parecem sustentar. Dada a heterogeneidade dos meios – dos quais poucos se equiparam ao 479, em tempos de intensidade da intervenção na autonomia privada –, não há como invocar a *conservação* para multiplicar os casos de *revisão*. A revisão não somente promove a conservação, como interfere na autonomia privada”. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 35 e ss.).

²¹⁴ AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO Possibilidade de revisão das cláusulas contratuais - Legítimo o exame das cláusulas contratuais pelo juiz Relativização do "pacta sunt servanda" Aplicação dos princípios da boa-fé objetiva (art. 422, CC), do equilíbrio contratual (art. 478 e 480, CC e art. 6º, V, CDC), da função social do contrato (art. 421, CC) e da proteção do consumidor contra abusos do poder econômico (art. 170, V, e 173, §4º, CF/88) Vedação ao enriquecimento ilícito (art. 884, CC) [...] Tarifa de Cadastro e Tarifa de Avaliação Possibilidade de cobrança Orientação firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recursos repetitivos RECURSO DO RÉU PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 0031646-53.2011.8.26.0451; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 16/12/2014; Data de Registro: 16/12/2014)

²¹⁵ TJSP; Apelação Cível 0027175-87.2010.8.26.0011; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI – Pinheiros – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/06/2016; Data de Registro: 16/06/2016. Entendeu-se, naquela oportunidade que: “[...] vedar ao devedor a opção de buscar modificar o contrato em prol da manutenção do negócio significaria negar aplicação dos princípios da conservação dos negócios jurídicos, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, indo de encontro, portanto, ao que se conclui a partir de uma interpretação teleológica do Código Civil e sua disciplina negocial”.

²¹⁶ MACARIO, Francesco. Per un diritto dei contratti più solidale in época di ‘coronavirus’. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffrè Lefebvre, 2020. Emergenza Covid-19. Speciale. n. 1. p. 207/212. Segundo o autor: “La drammatica emergenza del momento induce a ritenere che difficilmente la ‘revisione del codice civile’ possa realizzarsi in tempi brevi, mentre è sin troppo facile profezia quella relativa a interventi urgenti ad hoc, da parte del Governo, per cercare di venire incontro ai cittadini sui numerosissimi fronti aperti, come del resto dimostra il recentissimo “decreto-legge recante misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico alle famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”. Tradução livre: “A dramática emergência do momento nos leva a acreditar que dificilmente a ‘revisão do código civil’ pode ser realizada em um curto espaço de tempo, enquanto a profecia relativa a

italiano que, tal como o nosso, não permite expressamente a possibilidade de o devedor iniciar o pedido revisional. Destacando a necessidade de uma possível revisão no Código Civil a esse respeito, Antonio de Mauro²¹⁷ acentuou:

É maduro o momento para refletir sobre as soluções de manutenção da relação econômica e não pensar apenas em termos de resolução? A estrada talvez esteja traçada; deverá haver a coragem de percorrê-la de modo que a recordação deste terrível período não fique só nos livros de história, mas também na reavaliação da jurisprudência a tornar a solidariedade social concreta e eficaz.

Ainda a respeito da legitimidade de o devedor ter a iniciativa de propor a revisão do contrato, atentemo-nos a que tal discussão inexistente quando o fundamento é o artigo 317, do Código Civil. O dispositivo permite a ambas as partes o pleito da revisão. A expressão ‘a pedido da parte’ contida no dispositivo não deixa maiores dúvidas.

Mais do que isso. Embora o artigo 317 do Código Civil seja dispositivo que cuide apenas da *revisão* do contrato, há autores que entendem que, atendidos os seus requisitos, o devedor também poderia pleitear a *resolução* do contrato²¹⁸. Ademais, como ressaltado por José Oliveira de Ascensão²¹⁹, “a regulação regionalizada do artigo 317 não afasta para quem dela não beneficia o regime geral do artigo 478”.

intervencões urgentes é muito fácil *ad hoc*, pelo Governo, para tentar atender os cidadãos nas numerosas frentes abertas, como aliás a muito recente demonstra o ‘Decreto-lei com medidas de reforço do serviço nacional de saúde e apoio econômico para famílias, trabalhadores e empresas relacionados à emergência epidemiológica da COVID-19’.”

²¹⁷ MAURO, Antonio de. Pandemia e contratto: spunti di riflessioni in tema di impossibilita soppravenuta della prestazione. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffré Lefebvre, 2020. Emergenza Covid-19. Speciale. n. 1. p. 227 e seguintes. Texto original: “È maturo il tempo per riflettere sui rimedi manutentivi del rapporto economico e non agionare solo in termini risolutivi? La strada forse è tracciata; si dovrà avere il coraggio di percorrerla fino in fondo di modo che il ricordo di questo terribile periodo non rimanga solo nei libri di storia ma sia presente anche nelle rassegne di giurisprudenza e renda concreta e operante la solidarietà sociale”.

²¹⁸ Nesse sentido, defendem Cristiano Farias e Nelson Rosenvald que “quando caracterizado fato superveniente determinante da desproporção manifesta da prestação (fato descrito no art. 317) e se revelar insuportável para a parte prejudicada a modificação das circunstâncias, caberá, sim, a resolução do contrato – quer isto dizer que, embora esteja caracterizada a situação exposta no art. 317, que determina a revisão, ainda que não contenha todos os requisitos do art. 478, a melhor solução ao caso concreto é a aplicação da resolução”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 554)

²¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.

1.5.1.2 Dos requisitos para a resolução (ou revisão) do contrato nos termos do artigo 478, do Código Civil

Segundo o art. 478, a resolução tem lugar quando, em contratos de execução continuada ou diferida no tempo²²⁰, forem observados, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) a onerosidade excessiva a uma das partes, com (ii) extrema vantagem para a outra e em razão de (iii) acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

A partir da edição do artigo 478, do Código Civil, a doutrina brasileira passou a interpretar o dispositivo, para melhor compreensão dos seus requisitos, bem como de forma interpretar os conceitos de extraordinariedade e imprevisibilidade.

Inicialmente, a considerar a forte influência da lei italiana sobre o Código Civil, é relevante consultar os autores italianos. Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova²²¹ afirmam que

Todo evento extraordinário é genericamente previsível, no sentido de que cada um de nós pode prever que eventos extraordinários ocorrerão nos próximos dias ou no próximo século. Se o homem não tivesse essa faculdade de imaginação, o próprio legislador não poderia ter pré-configurado, no art. 1.467, eventos extraordinários no futuro. Mas o art. 1.467 evidentemente se refere a previsões dotadas de uma certa margem de certeza e de especificidade. O contratante pode prever a eclosão de guerras, a imposição de novos impostos, a invenção de novos meios de transporte. É mais difícil para ele prever a eclosão da guerra entre um e outro país, a data e a duração da guerra, a imposição e o valor desse imposto, a natureza do futuro meio de transporte²²².

²²⁰ Judith Martins-Costa qualificou o contrato com execução diferida no tempo como contrato evolutivo, ou seja, “abrangendo contratos que contém obrigações diferidas e/ou duradouras, como, exemplificadamente, contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços, distribuição, financiamento ou locação”. (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de ‘hardship’ e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. n. 25. abr.-jun. 2010. p. 11).

²²¹ Na versão original: “Ogni evento straordinario è genericamente prevedibile, nel senso che ognuno di noi può prevedere che nei prossimi giorni o nel prossimo secolo avverranno fatti straordinari. Se mancasse all’uomo questa facoltà di immaginazione, lo stesso legislatore non avrebbe potuto preconfigurare, nell’art. 1.467, eventi straordinari siti nel futuro. Ma l’art. 1.467 si riferisce evidentemente a previsioni dotate di una margine di certeza e di specificità maggiori. Il contraente può prevedere lo scoppio di guerre, l’imposizione di nuovi tributi, l’invenzioni di nuovi mezzi di locomozione. Gli è più difficile prevedere lo scoppio della guerra fra il tale e talaltre paese, la data e la durata della guerra, l’imposizione e l’ammontare del tale tributo, la natura del futuro mezzo di locomozione”. (SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1999. p. 674-675).

²²² Ainda a respeito do direito italiano, Enrico Gabriele afirma que ao intérprete, compete “[...] avaliar se eventos externos alteraram a economia original do contrato, determinando assim os pressupostos para a resolução - deve reconstruir e identificar o equilíbrio econômico que as partes queriam atribuir à estrutura de

Otavio Luiz Rodrigues Junior²²³ ao analisar os pressupostos objetivos do art. 478, propõe uma releitura do dispositivo no tocante à existência de evento imprevisível e extraordinário. Segundo o autor, compete ao intérprete uma verificação da alteração das circunstâncias e não do evento em si²²⁴

[...] os adjetivos ‘imprevisível’ e ‘extraordinário’ quase nenhuma importância têm para caracterizar a necessidade de revisão ou resolução contratual. O que importa realmente é saber se ocorreram alterações circunstanciais e se essas, mesmo com o cálculo, a cautela e a prudência, ensejam a mudança significativa na equação econômica do pacto, que se exterioriza especialmente pela excessiva onerosidade. [...] A teoria da imprevisão cede espaço ao princípio do equilíbrio contratual, baseado na correção jurídica e fática (se possível) do contrato ou, em caso extremo, em sua resolução, preservando-se as prestações já exauridas. A *alteração das circunstâncias* passaria a ser o elemento objetivo desse fenômeno, não se exigindo ganho exagerado de uma das partes, mas apenas o restabelecimento do sinalagma primitivo, mediante a aplicação de princípios e da interpretação dos contratos.

A expressão *alterações das circunstâncias* referida por Otavio Luiz Rodrigues Junior é empregada pelo Código Civil português, na Subsecção VII, onde está localizado o já citado artigo 437º e que trata da possibilidade de resolução ou modificação do contrato. Analisando o dispositivo, Mariana Fontes da Costa²²⁵ afirma que

interesses”. Tradução livre do original: “L’interprete pertanto – al fine di valutare se gli eventi esterni abbiano alterato l’originaria economia del contratto, determinando così i presupposti per la risoluzione – deve ricostruire ed identificare l’equilibrio economico che le parti hanno voluto assegnare all’assetto degli interessi”. (GABRIELLI, Enrico. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. *Contratto e impresa*. Ano XI. n. 3. Setembro-Dezembro. Padova: CEDAM, 1995. p. 937-938).

²²³ Ainda segundo Rodrigues Junior, “eliminam-se a negligência, a imprudência, a imperícia. Observem-se as cautelas, o cálculo, a exação de um bom pai de família. Afastem-se os acontecimentos inevitáveis, quase sempre associados a eventos naturais. Após todas essas exclusões, será possível investigar os *acontecimentos supervenientes* e interpretá-los no âmbito da execução do contrato, à luz dos modernos princípios contratuais, e concluir sobre a possibilidade de ser aplicada a teoria da imprevisão, cujo nome já aparenta sinais evidentes de esgotamento histórico”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 143).

²²⁴ Ainda segundo Rodrigues Junior: “[...] A teoria da imprevisão cede espaço ao princípio do equilíbrio contratual, baseado na correção jurídica e fática (se possível) do contrato ou, em caso extremo, em sua resolução, preservando-se as prestações já exauridas. A *alteração das circunstâncias* passaria a ser o elemento objetivo desse fenômeno, não se exigindo ganho exagerado de uma das partes, mas apenas o restabelecimento do sinalagma primitivo, mediante a aplicação de princípios e da interpretação dos contratos”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 160).

²²⁵ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 329.

A *ratio* do instituto da alteração superveniente das circunstâncias assenta na ocorrência de uma perturbação do contexto em que se insere o contrato, com reflexos no equilíbrio deste. O pressuposto central do regime é, portanto, a verificação dessa perturbação, sendo sobre ela que irão incidir os requisitos da incidência sobre a base do negócio, não inclusão nos riscos próprios do contrato, anormalidade e da causalidade com o dano de elevada intensidade, cumulativamente necessários para que a alteração seja juridicamente relevante²²⁶.

Essa também parece ser a ideia do atual e recente Código Civil argentino, nos termos do art. 1.091, que permite resolução ou ‘adequação’ quando as prestações a cargo de uma das partes se tornam excessivamente onerosa, por uma *alteração extraordinária das circunstâncias* existente ao tempo da celebração, sobrevinda por causas alheias às partes e ao risco assumido pela parte afetada²²⁷.

Ainda de modo a melhor interpretar o texto do Código Civil brasileiro, as expressões imprevisibilidade e extraordinariedade foram objeto de análise nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal. Segundo se verifica do enunciado 175, “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz²²⁸”.

²²⁶ Como referido por Pedro Melo “o que está em causa no art. 437º do Código Civil é a base negocial objetivamente considerada, por contraponto à base negocial subjetiva” [...] Há rompimento da base negocial objetiva com a destruição da equivalência das prestações e nos casos de intangibilidade definitiva do fim essencial objetivo do contrato”. (MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 82). De fato, segundo a Lei portuguesa, a modificação ou resolução não requer apenas a alteração superveniente, mas, também, que incida sobre as “circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar”. Tal expressão remete, portanto, à teoria da base objetiva. Segundo Mariana Fontes da Costa, “determinar as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, isto é, aquelas circunstâncias que levaram as partes a contratar nos termos em que o fizeram, equivale a determinar as circunstâncias sem as quais as partes não teriam contratado, ou o teriam feito apenas em termos distintos. Esta delimitação negativa da base do negócio, adotada pelo texto do § 313 (1) do BGB e plenamente compatível com a formulação do dispositivo legal português, confere a operatividade necessária à aplicação da norma ao caso concreto [...]”. (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 338). A respeito da aplicação da teoria da base do negócio pelo artigo 437º, do Código Civil português, sugere-se a leitura da crítica realizada por Menezes Cordeiro em: MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha. (S.N), Lisboa, 1989.

²²⁷ Artículo 1091. Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una *alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración*, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación [...]

²²⁸ Segundo Simão, “[...] desse enunciado se conclui que as causas previsíveis, mas com efeitos imprevisíveis, são consideradas imprevisíveis. A noção de imprevisão está em duas perspectivas: o evento em si ou apenas

Anderson Schreiber²²⁹, a seu turno, prefere deslocar a análise da extraordinariedade ou imprevisibilidade para o desequilíbrio contratual em concreto. Assim, para o autor, se o desequilíbrio do contrato for exorbitante, esse fato já tornaria presumida a imprevisibilidade e extraordinariedade.

Além das mais diversas interpretações aos requisitos da imprevisibilidade e extraordinariedade, a doutrina também passou a criticar a necessidade de concomitância da onerosidade excessiva com *extrema vantagem* para uma das partes.

Verifica-se que o requisito da extrema vantagem, de fato, nunca foi tratado pelo Código Civil italiano, principal influência brasileira. A decisão do legislador por tal requisito foi muito possivelmente influenciada por Arnaldo Medeiros da Fonseca, que nos anos 50 e 60, defendia tal pressuposto²³⁰.

Em sua obra produzida na década de 1950, o autor entendia que, aliado à superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, alterando radicalmente o ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, acarretando onerosidade excessiva e não compensada por vantagens auferidas anteriormente, a intervenção judicial somente poderia ter lugar se houvesse “lucro inesperado e injusto do credor, excedente a um quinto do valor nominal da prestação a que teria direito”.

Embora esse entendimento tenha sido acolhido expressamente na redação do art. 478, do Código Civil, após a edição do Código Civil alguns autores procuraram abrandar tal

seus efeitos. Exemplifico. A passagem de um tufão é previsível em certa época do ano nos Estados Unidos da América. Contudo, em certo ano, a destruição decorrente do tufão é muito maior do que a destruição que tais fenômenos causam normalmente. O efeito é imprevisível, então”. (SIMÃO, José Fernando. Redimensionamento da prestação em face dos arts. 317 e 479 do Código Civil. *Revista do Advogado*. n. 148. dez. 2020. São Paulo: AASP, 2020. p. 129).

²²⁹ Segundo o autor: “O foco da análise deve se deslocar da questão da imprevisibilidade e extraordinariedade (do acontecimento apontado como “causa”) para o desequilíbrio contratual em concreto. Trata-se, em essência, de assegurar o equilíbrio contratual, e não de proteger as partes contra acontecimentos que poderiam ou não puderam antecipar no momento de sua manifestação originária de vontade [...] Em outras palavras, se o desequilíbrio do contrato é exorbitante, isso por si só deve fazer presumir a imprevisibilidade e extraordinariedade dos antecedentes causais que conduziram ao desequilíbrio [...] O desequilíbrio contratual passa, assim, a assumir papel central no juízo relativo à aplicação tanto do artigo 478 quanto do artigo 317 do Código Civil, papel que até o momento vem sendo atribuído à imprevisibilidade e extraordinariedade como noções estruturais e abstratas. Ao se identificar o desequilíbrio contratual manifesto, a imprevisibilidade e a extraordinariedade dos antecedentes que conduziram ao desequilíbrio devem restar presumidas, como noções intimamente dependentes da superveniente desproporção objetiva do contrato”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 262-264).

²³⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 345-346.

requisito. Segundo Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha²³¹ nem sempre a onerosidade excessiva para o contratante virá acompanhada da vantagem extrema para a parte mais forte da relação contratual. A esse exemplo, vide as lojas fechadas em *shopping center* ao longo da pandemia decorrente do COVID-19, onde lojistas e administradores perdem.

Ruy Rosado Aguiar²³² afirmava que a extrema vantagem é requisito “absolutamente inadequado”, porque a onerosidade “existe sempre que o efeito ou fato novo pesar demais sobre um dos contratantes, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro”²³³.

Nessa linha crítica, Otavio Luiz Rodrigues Junior²³⁴ sustenta que ao ser verificada a onerosidade excessiva, não cabe indagar “sobre eventuais lucros advindos ao outro contratante, muito menos condicionar o reconhecimento da imprevisão à ocorrência daquele fenômeno”. Foi Rodrigues Junior quem propôs, na IV Jornada de Direito Civil, a edição de aprovado enunciado que reduz o requisito da extrema vantagem²³⁵.

O enunciado, como bem pontuado por Anderson Schreiber²³⁶, “tem o grave inconveniente de divergir inteiramente da linguagem da norma” Ainda segundo o autor, “ao intérprete não compete simplesmente ignorar as expressões constantes do dispositivo legal, o que, tecnicamente, somente poderia ser alcançado por meio da impugnação parcial à

²³¹ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 217.

²³² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 152. Anos depois, reiterou o entendimento: “Sendo do agravado o ônus da prova da existência dos pressupostos para o reconhecimento da onerosidade, muitas vezes lhe será difícil, se não impossível, demonstrar a vantagem do outro figurante. Por isso, há de se ter, por presunção *ius tantum*, que a vantagem da contraparte é presumida” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. II, t. II: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 911).

²³³ Pontes de Miranda, por sua vez, ao tratar da revisão dos contratos por alteração das circunstâncias, afirmou que “é preciso que, a par da *onerosidade excessiva*, haja, para o credor, *lucro inesperado e injustificável*, conforme o tráfico. Não há limite *a priori* para esse lucro, porque depende do uso do tráfico. Também ele há de ser excessivo”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção*. Tomo XXV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 3.074, n. 2, p. 263).

²³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 165.

²³⁵ Enunciado 365: A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.

²³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 231.

validade da norma, não pela via puramente interpretativa”. A crítica é acompanhada por José Fernando Simão²³⁷. De forma a superar esse obstáculo, Antônio Pedro Medeiros Dias²³⁸ defende que a extrema vantagem deve ser interpretada como consequência automática da onerosidade excessiva, ou seja, verificada que esta última incide sobre um dos contratantes, o outro estaria *ipso facto* diante de uma extrema vantagem²³⁹.

É verdade que inúmeros julgados a respeito do tema não condicionam a revisão do contrato à extrema vantagem²⁴⁰. Contudo, existem julgados em sentido contrário²⁴¹.

²³⁷ Crítico do enunciado, Simão afirma que “Erra o enunciado, pois permite revisão pelo artigo 478 quando deveria se valer do artigo 317. Erra, novamente, ao tentar, por em jogo de faz de conta, que a extrema vantagem não precise ser plenamente demonstrada. Elemento acidental quer dizer algo menos importante, relevante, não essencial. Trata-se de tentativa de ‘salvar’ um dispositivo desconectado da realidade fática”. (SIMÃO, José Fernando. Redimensionamento da prestação em face dos arts. 317 e 479 do Código Civil. *Revista do Advogado*. n. 148. dez. 2020. São Paulo: AASP, 2020. p. 133).

²³⁸ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 92-94. No mesmo sentido, vide: CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva do Direito Civil brasileiro*. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 107; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato (parecer). In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 362.

²³⁹ Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, citando Karl Larenz, afirmam que caberia cogitar que nas hipóteses de resolução (art. 478) e revisão (art. 480) haveria uma ‘lacuna oculta’, que, segundo Larenz seria a hipótese “em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal”. Assim, haveria uma integração de tal lacuna por via da redução teleológica. Por esse método, haveria de ser ou presumida a extrema vantagem ou suprimida tal expressão, de forma a possibilitar a resolução ainda que não houvesse extrema vantagem para o outro contratante. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 240).

²⁴⁰ “Não se ignora que a concessionária também sofreu os efeitos decorrentes da crise econômica causada pela pandemia de Covid-19 e amargou prejuízos financeiros durante o período. Contudo, a ausência de obtenção de extrema vantagem por parte dela, nos termos do art. 478 do CC, não afasta a possibilidade de readequação das prestações”. (TJSP, AI n. 2162265-17.2020.8.26.0000, Rel. Des. Luis Fernando Nishi, v. u., j. 13.8.2020); “Frise-se, por conseguinte, que, demonstrado que o atual cenário econômico, advindo da pandemia, prejudicará o cumprimento da obrigação no tempo ajustado, mostra-se possível a aplicação da teoria da imprevisão para a estabilização dos contratos. [...] Não é à toa que o professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao analisar o art. 478 do CC, explica que ‘o requisito da “extrema vantagem” para o outro contraente, é, efetivamente, inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importante que disso decorra ou não vantagem ao outro” (TJSP, AI n. 2095698-04.2020.8.26.0000, Rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, v. u., j. 3.9.2020).

²⁴¹ Nesse sentido: Alienação de cotas sociais – Ação revisional de cessão de cotas sociais de estabelecimento comercial e outros pedidos, fundada em onerosidade excessiva – Inexistência de comprovação de extrema vantagem de uma parte contra a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis – Impossibilidade de revisão contratual – Inteligência dos arts 478/480 do Código Civil – Obrigação de fazer, regularmente contratada, que deve ser cumprida – Sentença que desacolheu a ação que fica mantida, com improvemento do recurso. (TJSP; Apelação Cível 0000947-41.2010.8.26.0281; Relator (a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Itatiba – 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 25/05/2016; Data de Registro: 30/05/2016). Embargos à execução – Falta de apresentação das razões recursais – Inobservância do art. 514 do Código de Processo Civil – Circunstâncias que acarretam o não conhecimento do recurso – Teoria da imprevisão afastada – Execução de duplicatas relativas a operações distintas de compra e venda – Ausência de extrema vantagem para o exequente, que não se beneficiou com eventual crise no setor agrícola – Ausência de fatos imprevisíveis para justificar a resolução do contrato – Validade dos índices de correção monetária adotados pelo credor, porque ajustados – Requisitos do título executivo presentes – Embargos julgados improcedentes – Sentença mantida – Recurso improvido.

Ainda a respeito dos requisitos que permitiriam a revisão ou resolução do contrato nos termos do artigo 478 do Código Civil, há alguma controvérsia em saber se a parte que está em mora perde o direito para o pleito revisional ou resolutivo. Atente que o art. 438º do Código Civil português, expressamente, afasta a possibilidade de o devedor em mora invocar a modificação ou resolução do contrato²⁴². Não há, no Código Civil brasileiro, nenhuma disposição expressa nesse exato sentido²⁴³. Para Otavio Luiz Rodrigues Junior²⁴⁴ não é possível ao moroso invocar a revisão ou resolução do contrato. Contudo, a jurisprudência indica caminhar no sentido de permitir, não apenas ao adimplente, mas também ao moroso a legitimidade para o pleito revisional ou resolução por onerosidade excessiva²⁴⁵, opinião que também partilhamos.

(TJSP; Apelação Cível 9164577-95.2007.8.26.0000; Relator (a): Coutinho de Arruda; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Batatais – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/04/2013; Data de Registro: 07/05/2013).

²⁴² “Art. 438º: A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se revelou”. Na doutrina portuguesa, Henrique Souza Antunes destaca justamente que a mora é uma das circunstâncias que impede ao devedor invocar o art. 437º e procurar resolver ou modificar o contrato. (ANTUNES, Henrique Sousa. Os desafios da legislação COVID-19 à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto. *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coord. Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier. Coimbra: Almedina, 2021. p. 60).

²⁴³ É bom destacar que o art. 399, do Código Civil, estabelece que o devedor em mora responde pela *impossibilidade* da prestação, mesmo em caso fortuito ou força maior. Não se trata, como se vê de resolução por onerosidade excessiva. Segundo o dispositivo: Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

²⁴⁴ “O legitimado ativo, que poderá ser o credor ou o devedor, deverá apresentar a condição de não moroso, pois perderá o direito de invocar a imprevisão e ingressará na ortodoxa categoria de inadimplente, ajustando-se aos padrões da resolução por inexecução voluntária”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 125). O autor retoma essa discussão em RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Um ‘modelo de revisão contratual por etapas’ e a jurisprudência contemporânea do Superior Tribunal de Justiça. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 469 e seguintes.

²⁴⁵ “CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CONSTRUÍDO. INADIMPLENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESCISÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. O devedor, inadimplente em virtude de onerosidade excessiva, seja por desequilíbrio resultante da desvalorização da moeda ou de critérios para atualização das prestações, pode pleitear a rescisão do contrato. Majoração da retenção, tendo em vista as peculiaridades da espécie. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido”. (REsp 508.831/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 20/03/2006, p. 276)

1.5.1.3 Dos requisitos autorizadores da revisão contratual nos termos do artigo 317, do Código Civil

Verifiquemos, agora, a revisão prevista no artigo 317, do Código Civil. A primeira questão a ser enfrentada é saber se o dispositivo autoriza apenas a revisão das prestações *pecuniárias*, ou, também, a revisão dos contratos com prestações em geral.

Em análise histórica da tramitação legislativa, Jorge Cesa Ferreira da Silva²⁴⁶ aduz que o artigo 317 foi pensado, originalmente, para atualização do valor da moeda. Contudo, na última revisão, o texto foi alterado, de forma a afastar a sua exclusiva vinculação à desvalorização monetária. Mas ao realizar a última alteração, o legislador deslocou a matéria, retirando dela sua abrangência geral, vinculando-a mais especificamente aos contratos. Segundo o autor, o artigo 317 deveria ter sido posicionado após o artigo 421. De sua análise, Jorge Cesa Ferreira da Silva conclui que a função do art. 317 é a revisão das obrigações decorrentes de negócios jurídicos, mais especificamente, de contratos (em geral); mesma conclusão adotada por Karina Nunes Friz²⁴⁷.

²⁴⁶ Segundo o autor: “O dispositivo foi pensado, originalmente, para fins de atualização monetária. Redigido em momento histórico no qual a correção monetária ainda não se havia afirmado, dispunha o Projeto que, a pedido da parte, o juiz poderia *atualizar o valor da moeda*. Ao longo da tramitação, no entanto, assumiu perfis distintos, muito embora conservasse a relação com a perda de valor da moeda. Na última revisão, realizada já com vistas à aprovação, o texto foi novamente alterado, mas dessa vez para afastar a sua exclusiva vinculação à desvalorização monetária. Fulcrado na revisão monetária, faz-se totalmente compreensível a alocação do texto entre as regras do pagamento. Com efeito, todas as obrigações, nascidas de qualquer fonte, podem sofrer os efeitos da desvalorização. No entanto, ao proceder à última alteração, o legislador acabou por deslocar a matéria, retirando dela a sua abrangência geral e vinculando-a mais especificamente aos contratos, sem que isso tenha se atentado. Decorre disso a alocação, e não uma razão de ponderação sistemática. A interpretação histórica do dispositivo, aqui, faz-se absolutamente necessária para a compreensão do seu conteúdo. Este, se corretamente posicionado, deveria encontrar-se após o art. 421”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 160).

²⁴⁷ Ao defender a possibilidade de o artigo 317 ser interpretado de forma ampliada, a autora também alude aos dados históricos da tramitação legislativa do dispositivo: “A redação original do art. 315 do Projeto de Lei 634/1975 (atual art. 317 CC2002) previa a revisão judicial quando a desvalorização da moeda provocasse manifesta desproporção no valor da prestação. No Congresso Nacional, a redação foi objeto de várias emendas, uma das quais alterou o dispositivo para ordenar a correção monetária do valor da dívida face à desvalorização monetária. Por falta de consenso, chegou-se até a propor a eliminação da norma, mas o Senador Josaphat Marinho conseguiu preservar o dispositivo argumentando que Miguel Reale alertava que ‘não se deve considerar apenas a desvalorização da moeda’, para admitir a revisão de valores convencionados. Outros fatores, e imprevisíveis, poderão ocorrer, gerando o desequilíbrio das prestações e justificando o reajustamento delas”. (FRITZ, Karina Nunes. *A revisão contratual e a quebra da base do negócio*. *Migalhas*. Publicado em 17/12/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/88a3be2236290e_migalhas_basedonegocio.pdf Acesso em: 04 maio. 2021).

Mas a interpretação da extensão do artigo 317 não é uníssona na doutrina. Tal como referido por Francisco Marino²⁴⁸, a partir do dispositivo, três correntes se formaram. A primeira restringe o dispositivo em exame às prestações pecuniárias. A segunda, aparentemente majoritária, postula a aplicabilidade do art. 317 a toda e qualquer prestação. Por fim, a terceira orientação, bastante residual, postula a inaplicabilidade da referida norma ao campo dos contratos, ou seja, o art. 317 ficaria circunscrito às obrigações não contratuais.

Francisco Marino²⁴⁹, defensor da primeira corrente, reputa como “óbvia” a conclusão de que o referido dispositivo se aplicaria apenas e tão somente às obrigações pecuniárias. Segundo Marino, o art. 315, do Código Civil, enuncia o princípio do nominalismo e ao incluir a expressão “salvo o disposto nos artigos subsequentes”, significa que o art. 317, portanto, apenas seria aplicado às obrigações pecuniárias.

Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, da mesma forma, afirmam que o dispositivo cuida de “regra revisiva *da prestação (rectius: do seu valor)*” e tem por limite “cingir-se às obrigações pecuniárias, como indica sua topografia no Código Civil”²⁵⁰, mesmo entendimento manifestado por João Biazi²⁵¹.

Mas certamente a segunda corrente é a que possui mais adeptos na doutrina. É o caso, por exemplo, do entendimento de Flávio Tartuce²⁵², Renan Lotufo²⁵³, Anderson Schreiber²⁵⁴

²⁴⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 25.

²⁴⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 30.

²⁵⁰ As autoras ainda fazem longa e completa explanação a respeito da “tramitação conturbada” do dispositivo que até hoje geram “perplexidade e incompreensão sobre os limites de seu campo aplicativo”. As autoras também demonstram que o texto original apresentado ao Congresso Nacional dizia: “Quando, *pela desvalorização da moeda*, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo a preservar, quanto possível, a equivalência das prestações”. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 204). No mesmo sentido, vide, ainda DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Onerosidade excessiva e revisão contratual no Direito Privado Brasileiro*. In: FERNANDES, Wanderlei (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 368.

²⁵¹ BIAZI, João Pedro de Oliveira. *A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor*. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 103.

²⁵² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. vol. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 214.

²⁵³ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 228-229.

²⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 316 e seguintes.

e Hamid Charaf Bdine Jr.²⁵⁵. Recentemente, em artigo redigido ao longo da pandemia do COVID-19, José Fernando Simão²⁵⁶ também defendeu a segunda corrente, afirmando que

Se o dispositivo nasce exclusivamente para possibilitar a inserção judicial de correção monetária a um contrato que não a previa e por isso está localizado no ‘objeto do pagamento’ e logo a seguir ao princípio do nominalismo (art. 315), a elasticidade interpretativa permite que o dispositivo seja utilizado para a revisão geral das prestações contratuais, em busca do equilíbrio perdido.

Inobstante a prevalência da corrente que entende que o artigo 317 do Código Civil tem por função a revisão não apenas de prestações pecuniárias, mas, também, de prestações em geral, quais os requisitos que autorizariam a aplicação do dispositivo, de modo a corrigir as prestações desequilibradas?

A redação do artigo 317 ancora a revisão na desproporção valorativa da prestação em contratos que perduram no tempo, ante a ocorrência de motivos imprevisíveis. A expressão *motivo imprevisível* disposta no artigo 317 poderia dar a impressão de que o Código Civil acolheu a teoria da imprevisão. Não nos parece. Concordamos com Jorge Cesa Ferreira da Silva²⁵⁷ quando assevera que a teoria da imprevisão foi afastada pelo Código Civil pelo acento dado ao elemento ‘desproporção manifesta’ e não à ideia de imprevisão.

²⁵⁵ BDINE JR., Hamid Charaf. In: GODOY, Claudio Luiz Bueno de Godoy *et al.* Coord. Cezar Peluso. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. Barueri: Manole, 2019. p. 278.

²⁵⁶ SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 03/04/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/8CF00E104BC035_covid.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

²⁵⁷ Segundo o autor, “o tema em questão não se relaciona aos dados que deixaram de ser regulados contratualmente por algum limite atribuível à previsão, mas especificamente à desproporção prestacional. Aliás, esse acento já é demonstrável pela interpretação histórica do texto, que, desde o projeto, se orientou para a solução do problema da perda de valor da moeda, fato de resto totalmente previsível pelas partes. A inclusão da referência ao ‘motivo imprevisível’ se explica, ao estilo da doutrina da onerosidade excessiva, como limite à revisão, haja vista a necessidade de segurança das relações”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 179). Judith Martins-Costa, no mesmo sentido, assevera: “[...] ora, como acima acentuamos, constituem condições de incidência da Teoria a *imprevisibilidade* e a *excepcionalidade* do evento causador do desequilíbrio, bem como a *extraordinariedade da álea* causada a um dos contratantes. Essas condições de incidência tomam o seu âmbito bastante restrito, pois supõem, sempre, *situações contingentes* e absolutamente extraordinárias e imprevisíveis em sua contingência. Como se vê, *não é o caso do art. 317*, que exige a imprevisibilidade do evento e a ‘desproporção manifesta’, mas não a excepcionalidade do evento nem a ‘extraordinariedade’ da álea, apenas a “desproporcionalidade” (ainda que ‘manifesta’) entre as prestações”. Ainda segundo a autora, o artigo 317 teria tido maior influência na teoria da base do negócio que “[...] tem a característica de dispensar a previsibilidade como característica fundamental para a licitude da revisão ou da resolução contratual”. (MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V, t. I: Do direito das obrigações. Do adimplemento das obrigações e da extinção das obrigações (art. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23-238.

Para Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva²⁵⁸, haverá aplicação do dispositivo quando houver

[...] desequilíbrio que vem a atingir uma mesma prestação considerada em dois momentos temporalmente distintos, a saber: o momento de sua pactuação e o da execução; e ter como requisito a existência de motivos imprevisíveis que causem desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução.

O objetivo da norma é assegurar “o quanto possível, o valor real da prestação” ao momento da celebração do contrato, ou seja, o resultado da revisão deveria ser o retorno do estado prestacional quando da sua celebração que, por causa imprevisível (ou, embora previsível, com efeitos imprevisíveis)²⁵⁹, elevou sobremaneira a prestação de uma das partes a resultados não esperados e que os contratantes não poderiam prever²⁶⁰.

Nesses termos, quem bem sintetiza as condições de incidência do art. 317, do Código Civil é Judith Martins-Costa²⁶¹:

- a) a existência de relação obrigacional, bilateral e comutativa, duradoura, ou de trato sucessivo, ou mesmo instantânea, desde que o adimplemento tenha sido dividido em várias parcelas, a serem pagas ao longo do tempo;
- b) na qual uma das prestações venha a sofrer, por fatores supervenientes à conclusão do contrato e, naquele momento imprevisíveis, isto é, não correspondentes às legítimas expectativas das partes, objetivamente consideradas, e, c) não imputáveis ao lesado; d) "excessiva onerosidade", tomando manifestamente desproporcional a relação entre o valor ajustado

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 204.

²⁵⁹ Se o fato é, em si, previsível, mas a extensão dos seus efeitos não, então ele deve ser classificado como imprevisível, pois os efeitos do fato é que importam na aplicação do art. 317. É justamente nesse sentido que foi aprovado o enunciado 17 do Conselho da Justiça Federal (muito próximo do enunciado 175, que trata do artigo 478): “Enunciado 17. A interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’ constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

²⁶⁰ Tal como referido por José Oliveira Ascensão, “a correção do valor da prestação não é bitolada, é correção ‘quanto possível’, à luz das circunstâncias do caso concreto”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020).

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V, t. I: Do direito das obrigações. Do adimplemento das obrigações e da extinção das obrigações (art. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249.

para a prestação devida e aquele a ser pago no momento do adimplemento (assim leia-se o termo "execução" constante do art. 317).

O que não se deve fazer é fundamentar a revisão contratual com a associação dos artigos 317 e 478, que possuem funções distintas. A função do artigo 317, como visto, é reequilibrar prestações, enquanto a função do artigo 478 é, sobretudo, permitir a resolução do contrato em razão de circunstâncias que tornam a execução do contrato excessivamente onerosa ao devedor. Basta verificar que o artigo 317, do Código Civil, está localizado na seção “Do Objeto do Pagamento e sua Prova”, enquanto os artigos 478 e seguintes estão na seção que cuida “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”. A combinação entre os referidos dispositivos, como bem referido por Anderson Schreiber²⁶², é considerado “puxadinho hermenêutico”.

1.5.1.4 O empobrecimento do devedor e a revisão contratual

O empobrecimento do devedor ou o aumento da ‘taxa de esforço’ para o cumprimento da obrigação como fato imprevisível apto a permitir a resolução ou revisão contratual é discussão antiga.

Certamente Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁶³ foi um dos juristas que melhor tratou do tema. Em sua obra, o autor apresentou algumas teorias que buscaram atenuar o conceito de impossibilidade no cumprimento da obrigação, avaliando não apenas questões objetivas quanto à prestação em si, mas, também com análise de questões subjetivas da pessoa do devedor²⁶⁴.

²⁶² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 248.

²⁶³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 106 e seguintes.

²⁶⁴ A primeira das teorias seria a do ‘dever de esforço’, ou seja, “o conteúdo do dever jurídico estaria, em realidade, não na prestação, mas sim naquele dever de esforço, maior ou menor, conforme a hipótese, para realização do escopo”. Assim, o devedor estaria liberado do cumprimento da obrigação, sempre que ele tenha exaurido o esforço que, no caso concreto, seria avaliado a partir do escopo da obrigação. A segunda teoria seria a do ‘estado de necessidade’. Assim, fosse o devedor surpreendido com superveniente e dificuldade para o cumprimento da obrigação, estaria ele em estado de necessidade que o escusaria do inadimplemento, podendo liberar-se sem qualquer ressarcimento de danos. Haveria, ainda, uma terceira teoria, que seria a da ‘impossibilidade econômica’. Segundo referida teoria, “uma prestação excessivamente onerosa, ultrapassando as forças do devedor, deve ser havida como economicamente impossível”. Não seria necessário ir ao limite do irresistível para se alcançar o conceito de impossibilidade. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 108 e seguintes).

Todas essas teorias foram criticadas por Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁶⁵, porque teriam uma “tendência para temperar o rigor do direito com a equidade”. O autor também afirmou que o direito deveria abstrair as condições pessoais do devedor, “sempre que elas não tenham uma conexão necessária com a própria prestação, pelas dificuldades de prova que tal matéria comporta”. Após críticas à tendência de alguns em ver o devedor como um infortunado e vítima da ganância do credor²⁶⁶, Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁶⁷ sustentou que

[...] o devedor, quando contrata, assume implicitamente uma obrigação de não iludir as legítimas expectativas do credor de receber a prestação prometida. Se a assume superior às próprias forças, será culpado, e, por sua culpa, é natural que responda. [...] Nem seria justo, em relação ao credor, perante quem o devedor assumiu sem reservas a garantia de executar a obrigação, exonerar este último de responsabilidade, por suas condições pessoais, mesmo quando outro indivíduo, em análogas condições exteriores de tempo, lugar e meio, teria podido cumprir o estipulado.

A princípio, a interpretação conferida por Arnaldo Medeiros parece a mais adequada ao direito obrigacional. Nesse sentido, também defendemos a impossibilidade de liberação do devedor ao cumprimento da obrigação ou revisão da avença em razão de questões subjetivas relativas aos contratantes. A análise deveria observar objetivamente a prestação em si²⁶⁸.

²⁶⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 115.

²⁶⁶ São palavras do autor: “Por que ver sempre no devedor um infortunado, uma vítima das circunstâncias e da ganância do credor, digno por isso mesmo, de irrestrita simpatia, quando, na prática, não passa ele, muitas vezes, de um indivíduo pouco escrupuloso, que, a pretexto de onerosidade excessiva, quer prevalecer-se das circunstâncias para fugir a uma obrigação que se tornou pouco vantajosa, com o objetivo, quiçá, de realizar novos negócios [...]” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 316).

²⁶⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 316.

²⁶⁸ Nesse sentido, afirmam Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva: “[...] ao promover a adaptação do contrato às circunstâncias, não são tomados em conta motivos particulares das partes, mas devem ser considerados a finalidade do contrato e os motivos comuns a ambos os contratantes, desde que expressos no contrato ou que dele possam ser deduzidos por via hermenêutica”. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 242). Exatamente no mesmo sentido, e ao criticar a tentativa de o intérprete buscar a vontade hipotética que levaram as partes a contratar e não propriamente os questões objetivas, vide ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982. p. 102-103.

Ora. Ao longo do curso do contrato, o fato de a taxa de esforço do devedor se tornar mais onerosa, não implica, automaticamente, onerosidade excessiva, como bem aponta Catarina Monteiro Pires²⁶⁹. Segundo a autora, “ao vincular-se, o devedor obriga-se a projetar certa medida de esforço e a antecipar o *caminho crítico* para atingir um resultado”. Ou seja, se o caminho crítico imaginado pelo devedor se agrava, essa situação não implica em alteração das circunstâncias apta a ensejar a revisão contratual²⁷⁰.

A esse exemplo, cite-se caso em que rede de cafeteria internacional pleiteou a revisão do contrato de cessão de uso de espaço no aeroporto de Guarulhos. Segundo alegou a empresa, em razão de fatos imprevisíveis na economia do país (antes da pandemia do COVID-19 e, portanto, nada a ela relacionado), o valor da remuneração mensal passou a ser muito elevado, inviabilizando a operação. Haveria, portanto, aumento da taxa de esforço para o cumprimento obrigacional. O pleito foi corretamente rechaçado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo²⁷¹.

²⁶⁹ PIRES, Catarina Monteiro. Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 76. 2016. p. 106.

²⁷⁰ PIRES, Catarina Monteiro. Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 76. 2016. p. 131. Segundo a autora: “[...] um contraente do ramo da construção e imobiliário não pode invocar a crise econômica e financeira e retração do mercado imobiliário para se desvincular de um contrato-promessa. As alterações da taxa de juro e de esforço para pagamento do contrato prometido, o desemprego e a desvalorização da moeda resultantes da crise também não são alterações anormais”. No mesmo sentido, ensina João Baptista Machado: “[...] quando uma contingência se apresenta como um risco de prestação, como sucede na impossibilidade temporária do devedor, o onerado é este – que terá que arcar eventualmente com o aumento de custos da prestação, ou de perder os dispêndios feitos e de ver frustrado o lucro do negócio [...] por isso que o plano se frustrou por uma contingência da esfera de vida (ou da empresa) do devedor, não deve ser o credor a absorver os riscos dessa contingência através do ‘risco de utilização’ [...] na hipótese inversa, também não devem recair sobre o devedor as consequências de se ter frustrado o dito plano por virtude de uma contingência que procede da esfera do credor [...] Em resumo: o percalço que é a perturbação ou malogro do plano contratual gizado pode envolver perda e aumentos de custos. Aqueles e estes devem, por uma forma ou por outra, ser suportados por aquela das partes de cuja esfera de vida ou de cuja empresa procede a contingência que perturbou o dito plano – salvo diversa estipulação dos contraentes”. (BAPTISTA MACHADO, João. Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada). *Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. vol. II. Coimbra, 1989. p. 102-103).

²⁷¹ RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL – LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – CONTRATO DE CESSÃO DE ÁREA COMERCIAL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CESSÃO. Cessionária de espaço em aeroporto administrado pela requerida que pretende revisar o contrato de cessão, ao fundamento de que o valor do locativo tornou a relação negocial insustentável. Alegações de: (i) superestimação do fluxo de passageiros no terminal aeroportuário pela requerida, a levá-la a erro no tocante ao dimensionamento do aluguel; (ii) permissão do aumento da concorrência pela instalação de 09 (nove) cafeterias no local em que só deveria haver 03 (três), com impacto em suas receitas; (iii) ocorrência de fatos extraordinários na economia do país que tornaram a obrigação contratual excessivamente onerosa. Sentença de improcedência. Recurso versando sobre cerceamento de direito constitucional de prova, por entender ser necessária a realização de perícia técnica para elucidar os pontos controvertidos. Rediscussão também dos demais questionamentos postos na lide. Cerceamento do direito constitucional de produção de prova não configurado. Prova pericial desnecessária e inoportuna para o deslinde da causa. Prova documental bastante para a apreciação das questões submetidas à apreciação judicial. Revisão contratual descabida. Autora,

Tratando-se de relação empresarial²⁷², naturalmente que a cafeteria deveria ter tido maior cautela na elaboração de seu plano de negócios, imaginando, para o desenvolvimento de suas atividades, não apenas o cenário favorável, mas, também, a situação adversa. A crise econômica mundial que, desde o ano de 2014, assolou o mundo todo, reduzindo o crescimento do PIB brasileiro, nos anos de 2015 e 2016, ao patamar de -3% ano²⁷³, por exemplo, não pode ser considerada fato extraordinário. A economia brasileira já sofreu quedas do PIB em inúmeros outros períodos da história.

De fato, fosse acolhida a ideia de que a dificuldade financeira superveniente autorizaria a revisão contratual, a segurança das relações jurídicas estaria ameaçada sobremaneira, confrontando-se ao princípio *pacta sunt servanda*. Não há dúvidas de que o

pessoa jurídica especializada no ramo de cafeteria, com mais de 500 (quinhentas) unidades espalhadas pelo mundo, que detém elevada habilidade, experiência e saber prático no seu ramo de atuação ("know-how"). Não verificação da adoção de elementos informativos viciados fornecidos pela requerida, em seu plano de negócios ("business plan"), no tocante ao número de passageiros com trânsito pelo terminal aeroportuário em que está instalada. Previsão contratual, ademais, clara e precisa no sentido de que a cedente não tem responsabilidade sobre o fluxo de passageiros do terminal. Adução de queda de faturamento, de outro lado, pela possibilidade de instalação de ampla concorrência no terminal, não verificada. A uma porque a requerida não outorgou exclusividade à autora, consoante cláusula contratual; a duas porque as concorrentes apontadas não se encontram na mesma praça de participação da autora; a três porque a operação da autora mostrou-se deficitária desde o seu início, não tendo ocorrido tal fato pela instalação da concorrência posterior. Impossibilidade, por fim, da revisão contratual com base na teoria da imprevisão, à míngua de evento extraordinário, superveniente ao início da contratação, a implicar onerosidade excessiva à autora com extrema vantagem à requerida. Improcedência. Sentença mantida. Recurso de apelação da autora não provido, sem majoração da verba honorária sucumbencial, eis que inconformismo recursal foi protocolizado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. (TJSP; Apelação Cível 1014588-80.2015.8.26.0224; Relator (a): Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/10/2018; Data de Registro: 04/10/2018). Segundo o acórdão: [...] cuidando-se a requerente de pessoa jurídica de experimentada rede de cafeterias com mais de 500 (quinhentas) lojas espalhadas pelo mundo, é de supor que antes de fechar o negócio com a requerida ou mesmo de estruturar a sua operação para o Brasil, tenha comparecido nas dependências do Terminal 03 e realizado o competente estudo de mercado para a colheita das variáveis necessárias à definição do público que poderia atender; da melhor localização para a instalação da loja; da existência de concorrentes e; de suas posições locais; dentre outras. E assim, conhecendo ou devendo conhecer a autora o público local, não pode vir a juízo, diante do prejuízo de sua operação comercial, ter suportado prejuízos materiais por ter se obrigado ao pagamento de alugueis incompatíveis com as margens do seu negócio (...) o risco da atividade empresária era da própria autora, não podendo transferi-lo a qualquer um dos seus credores por não ter o negócio saído tal como imaginou que seria.

²⁷² Como bem destacado por Otavio Luiz Rodrigues Junior: “A ruína pessoal ou societária há de ser tratada como risco nas atividades negociais, impondo-se ao *solvens* inadimplente sofrer o processo de execução forçada e, configurada sua incapacidade econômica, transmutar-se em procedimento de execução civil por quantia certa contra devedor insolvente ou mesmo mediante os instrumentos peculiares da falência, da recuperação judicial ou extrajudicial ou da liquidação extrajudicial. A tese da impossibilidade econômica pessoal propicia a ser invocada nos pretórios brasileiros e, especialmente nas relações de consumo. No que concerne ao direito comum, é de ser afastada por sua absoluta contrariedade ao sistema obrigacional vigente e por, em poucas palavras, usar da imprevisão de modo temerário no processo”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 129).

²⁷³ QUINTINO, Larissa. PIB em números: gráficos mostram desempenho econômico do Brasil. Publicado em 04/03/2020. *Veja*. Economia. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/pib-em-numeros-graficos-mostram-desempenho-economico-do-brasil-2/>. Acesso em: 4 maio 2020.

argumento da dificuldade econômica seria tese sedutora ao devedor que pretendesse inadimplir a prestação. Seria, também, argumento de grande valia para obter melhores condições quanto à sua contraprestação.

A jurisprudência portuguesa, no mesmo sentido, tem julgados que aduzem que a crise econômica não é suficiente para a revisão contratual. A crise mundial que atingiu Portugal entre 2009 e 2014²⁷⁴ também foi pauta de julgados perante o Supremo Tribunal de Justiça²⁷⁵, tal como se verifica do caso destacado abaixo:

Embora a crise económica que afectou o nosso país seja um facto notório, não é, por si só, suficiente para que se possa recorrer, sem mais, ao instituto da alteração anormal das circunstâncias previsto no art. 437.º do CC, sendo antes necessário que haja uma correlação directa, que seja factualmente demonstrada, entre a crise económica geral e a actividade económica concreta de determinado agente económico. Para que seja possível a resolução ou, ao menos, a modificação das cláusulas do contrato fundada

²⁷⁴ A respeito da crise enfrentada em Portugal nesse período, remetemos o leitor para MENEZES CORDEIRO, António. A crise e a alteração de circunstâncias. *Revista de Direito Civil*. Ano 1 (2016), n. 1. p. 7-63. A respeito da crise enfrentada no país durante esse período, Menezes Cordeiro faz interessante ponderação: “[...] a pergunta que começa a colocar-se não é tanto a saber porque houve crise e porque ela foi tão intensa: antes se questiona por que via foi possível sobreviver e, ainda, encontrar forças para relançar a economia. A resposta está, provavelmente, nas famílias e na resiliência que as estruturas tradicionais, mau grado o vilipêndio que lhes vota o ‘politicamente correto’ demonstraram. Pais e avós ajudaram os jovens desempregados, proporcionando-lhes estudos mais alongados e aprofundados. Famílias acudiram aos membros em dificuldades. Empresários gastaram o que tinham e contraíram dívidas pessoais, para honrar compromissos bancários e para não despedir o seu pessoal. Trabalhadores aceitaram o rebaixamento de suas retribuições e condições de trabalho, para ajudar as empresas. As estruturas da Igreja Católica asseguraram funções sociais omitidas pelo Estado. A História de resistência portuguesa à crise, que provavelmente ficará arredada dos manuais de da historiografia oficial, é um conjunto de atos individuais e coletivos de bravura econômica, devido às famílias, aos empresários, aos trabalhadores e à Igreja”. Vide, ainda, PIRES, Catarina Monteiro. *Tutela da autonomia privada em cenários disruptivos: riscos, crédito e garantias*. Lisboa: AAFDL, 2021. p. 19 e seguintes.

²⁷⁵ A respeito do tema no âmbito da doutrina portuguesa, consultar VICENTE, Dário Moura. A crise económica mundial e os contratos internacionais. *Revista de Direito Civil da Ordem dos Advogados de Portugal*. Ano 2. N. 3 (2017). p. 599-641. Por outro lado, a autora espanhola Encarnación Fernández Ruiz-Galvés afirma que a partir da crise financeira de 2007, a corrente jurisprudencial da Espanha passou a conferir maior proteção aos adquirentes de bens imóveis que não conseguiram financiamento. Segundo a autora, há julgados do Tribunal Supremo espanhol que decidiram que a crise iniciada em 2007 é considerada fato extraordinário. Segundo a autora, “la nueva doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la aplicación de esta figura (*rebus sic stantibus*), otorgando, bajo determinadas condiciones, protección a los particulares em caso de imposibilidad de obtener financiación para el pago del precio en contratos de compraventa de inmuebles, y haciéndola valer incluso em beneficio de empresarios apelando al llamado orden público económico, esto es a la vigencia em el ámbito del Derecho de la contratación de ciertas exigencias materiales, objetivas o al meno objetivables, que son principalmente los principios de la conmutatividad de las prestaciones y de la buena fe”. Diz a autora, ainda, que o novo entendimento jurisprudencial “puede utilizarse para proteger no solo a particulares sino también a empresarios, pero con exclusión em todo caso de quienes hubieren actuado con propósitos especulativos.” (RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández. *Rebus sic stantibus* y crisis económica. Orden público económico versus especulación. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomo XXXIII, 2017. p. 65 a 97).

na alteração anormal das circunstâncias, mister se torna que: (i) a alteração ocorrida não seja o desenvolvimento previsível de uma situação conhecida à data da celebração do contrato; (ii) essa alteração torne o cumprimento da obrigação ofensivo dos princípios da boa fé; e (iii) não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (Supremo Tribunal de Justiça, 2ª Secção, Processo n. 1320/11.4TVLSB.L1.S1, Relator João Trindade, acórdão: 30.03.2017)²⁷⁶

A questão subjetiva do empobrecimento do devedor toma outro contorno nas relações de consumo, em que a revisão contratual possui requisitos mais brandos, nos termos do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque ao interpretarmos o artigo 6º, inciso V²⁷⁷, verificamos que o Código de Defesa do Consumidor não estabelece a necessidade de imprevisibilidade ou inevitabilidade e, segundo considerável parte da doutrina²⁷⁸, é suficiente a quebra objetiva da base do

²⁷⁶ No mesmo sentido: “A alteração anormal das circunstâncias, na abrangência do artigo 437º n.º 1 do Código Civil, corresponde a uma modificação insólita ou inabitual da base negocial em que as partes tenham fundado a celebração do contrato, sendo que essa base negocial, no domínio da alteração das circunstâncias, assume caráter objetivo e deve respeitar simultaneamente a ambos os contraentes; Essa alteração deve, por outro lado, ser significativa, ou seja, deve assumir proporções tais que subvertam a própria economia do contrato, tornando-o lesivo para uma das partes contratantes ao ponto de, caso o contrato se mantenha nos termos em que foi celebrado, a exigência das obrigações por ela assumidas, sem se mostrar coberta pelos riscos próprios do contrato, afete gravemente os princípios da boa-fé; III- A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias depende, portanto, da verificação dos seguintes requisitos cumulativos: (i) que haja uma alteração relevante das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, ou seja, que essas circunstâncias se hajam modificado de forma anormal e que; (ii) a exigência da obrigação à parte lesada afete gravemente os princípios da boa-fé contratual, não estando cobertos pelos riscos do próprio negócio”. (Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Apelação n. 163/09.0TTLSB-A.L1-4, Rel. José Ferreira, Acórdão: 14/06/2017). A expressão ‘economia do contrato’, citada no julgado acima, também é utilizada por (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. n. 35. Rio de Janeiro, 2008). No mesmo modo, Guido Alpa, ao tratar da onerosidade excessiva, afirma o evento extraordinário deve abalar a ‘economia do negócio’: “[...] essi devono essere tali che ne rimanga alterata la originaria fisionomia del contratto, l’equilibrio contrattuale, dato non dall’oggettivo rapporto tra le due prestazioni, ma da quello (soggettivo) loro assegnato dai contraenti; devi, in altri termini, essere sconvolta l’economia dell’affare. Tradução livre: “[...] esses (eventos extraordinários) devem ser tais a ponto de alterar a fisionomia originária do contrato, o equilíbrio contratual, dado não pela relação objetiva entre as duas prestações, mas pela (subjetiva) que lhes é atribuída pelos contratantes; em outras palavras, deve desorganizar a economia do negócio”. (ALPA, Guido. *Corso di Diritto Contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006. p. 156-157).

²⁷⁷ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

²⁷⁸ Nesse sentido, por exemplo: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018. p. 631. Da mesma forma, TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. vol. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 228; CRUZ, Guilherme Ferreira da. A alteração superveniente das obrigações contratuais e a excepcional divisão de riscos, no âmbito das relações de consumo, imposta pela pandemia da Covid-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji

negócio jurídico para se consumir a onerosidade excessiva, embora essa interpretação não seja uníssona, com destaque ao entendimento de Marco Aurélio Bezerra de Melo²⁷⁹.

Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva²⁸⁰, por sua vez, afirmam que a Lei 8.078/1990, ao permitir como direito básico a revisão do contrato, o fez “sem ajuntar nenhum outro requisito, sequer a ausência de imputabilidade da excessiva onerosidade ao consumidor, ou a não-configuração da pretensão à revisão se o consumidor estivesse em mora”.

Assim, retorna-se à indagação se a ruína financeira do consumidor, em alguma medida, permitiria a revisão contratual. Mesmo nas relações de consumo, há corrente jurisprudencial cujo entendimento é firme no sentido de que situações tais como crise financeira, doença ou desemprego não são consideradas fatos que permitem a revisão. A perda da capacidade financeira é fato subjetivo relativo ao consumidor (questão subjetiva) e considerado risco próprio do contrato, não trazendo onerosidade excessiva à prestação em si

281

(coord.). *Direito do Consumidor*: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 443 e seguintes.

²⁷⁹ Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, “[...] a despeito de respeitável doutrina e jurisprudência apontar que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico aprimorada por Karl Larenz, não nos parece que assim seja, pois como dito anteriormente, para essa teoria não deve justificar a revisão do contrato a alteração das circunstâncias que decorra de fatos previsíveis que possam se identificar com os riscos naturais do negócio e, no direito do consumidor, é irrelevante a referência a imprevisibilidade, a extraordinariedade. Justifica-se a opção da lei em razão do comando constitucional (art. 5º, XXXII e 170, V) e infraconstitucional (art. 4º, I, Lei 8.078/90) que estabelece a vulnerabilidade do consumidor, fato que acarreta a premissa de que o risco na atividade de consumo deve ser suportado pelo fornecedor, parte tida como mais forte nessa relação negocial”. (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil*: Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 316). Para maiores considerações a respeito da revisão contratual nas relações de consumo, verificar DAL PIZZOL, Ricardo. Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais: efeitos da pandemia de Covid-19 sobre o equilíbrio dessas relações. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord). *Direito do Consumidor*: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 535-565.

²⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 202. As autoras ainda afirmam que o “[...] ao conectar à pretensão a revisar elementos de tão díspar característica; ao mencionar a equidade e a boa-fé, sem permitir a distinção entre a boa-fé crença (subjetiva) e a boa-fé normativa (objetiva) e ao não submeter o ‘direito básico’ do artigo 6º, inciso V, segunda parte, a nenhum outro requisito que não o fato da excessiva onerosidade, o CDC propiciou uma avalanche de decisões judiciais desvinculadas de critérios pré-existentes, juntando-se desde institutos e doutrina de origem diversa: ora a *imprevisión* francesa, ora a *excesiva onerosità* italiana, ou, ainda, a *Grundlage des Rechtsgeschäfts* alemão”.

²⁸¹ “CONTRATO BANCÁRIO. Cédula de crédito bancário. Financiamento de veículo. Ação revisional. 1. Juros. Capitalização. Possibilidade porque nas cédulas de crédito bancário, a Lei n. 10.931, de 02.08.2004, permite expressamente a capitalização de juros. Ademais, não há de se falar em capitalização no caso de financiamentos em parcelas fixas, onde em regra os juros já são calculados de início e diluídos ao longo do prazo, portanto não ocorrendo incidência de novos juros sobre aqueles anteriores. 2. Pretensão de revisão do contrato com fundamento na teoria da imprevisão. Não cabimento. Situações de crise financeira, doença ou

Mesmo em situações mais dramáticas, tais como mulher que se separou do marido, contraiu o vírus HIV e perdeu o emprego, a revisão do contrato não foi permitida²⁸². Como bem ressalta Humberto Theodoro Junior²⁸³

[...] nas dívidas a serem solvidas com dinheiro, as eventuais dificuldades do devedor na obtenção da soma a ser utilizada no pagamento da prestação

desemprego não podem ser considerados fatos imprevisíveis. Recurso não provido, com majoração da verba honorária (TJSP. Apelação Cível 1005302-96.2018.8.26.0281; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2019; Data de Registro: 02/08/2019). Segundo o julgado “não é possível apenas por conta dessas dificuldades que se pode desonerar o devedor, pois elas constituem ‘assunto interno’ a ser enfrentado e superado exclusivamente pelo interessado, ainda que o sacrifício exceda a uma certa medida”. No mesmo sentido: “EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Cédula de crédito bancário. Embargos do devedor. Pretensão de revisão do contrato para adequação a sua realidade econômica, com fundamento na teoria da imprevisão e em desconto de 85% supostamente oferecido pelo exequente. Não cabimento. Crise financeira e situação de desemprego que não podem ser considerados fatos imprevisíveis. Desconto que, se concedido pelo credor, se deu por mera liberalidade, não cabendo ao Estado obrigar a renovação da oferta, na medida em que o credor não está obrigado a aceitar pagamento de forma diversa da convencionada (arts. 313 e 314, CC). Embargos rejeitados. Recurso não provido, com majoração de honorários”. (TJSP; Apelação Cível 1018488-04.2015.8.26.0602; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2018; Data de Registro: 05/02/2018). AGRAVO DE INSTRUMENTO – FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – PRETENSÃO À REVISÃO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES POR ATO JUDICIAL, EM RAZÃO DE DESEMPREGO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DE TUTELA JURISDICIONAL NÃO ACOLHIDA. Desemprego de mutuário não constitui fato imprevisível ou extraordinário que justifique a intervenção judicial para ajustar às suas possibilidades econômicas. Irrelevância de que se trata de relação de consumo, bastando que a hipótese não é geradora de vantagem desproporcional à mutuante. Ausência de verossimilhança do alegado que importa a impossibilidade de adiantamento de tutela jurisdicional. RECUSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2267191-25.2015.8.26.0000; Relator (a): Sebastião Flávio; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos – 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2016; Data de Registro: 06/04/2016). No âmbito do STJ: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL. SFH. REVISÃO DAS PARCELAS. REDUÇÃO DA RENDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Ação de revisão de contrato de financiamento imobiliário firmado pelo SFH, visando a renegociação do valor das prestações mensais e o alongamento do prazo de liquidação, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. 2. O Tribunal de origem, examinando as condições contratuais, concluiu que o recálculo da parcela estabelecida contratualmente não está vinculado ao comprometimento de renda do mutuário, mas sim à readequação da parcela ao valor do saldo devedor atualizado. Nesse contexto, entendeu que, para justificar a revisão contratual, seria necessário fato imprevisível ou extraordinário, que tornasse excessivamente oneroso o contrato, não se configurando como tal eventual desemprego ou redução da renda do contratante. 3. Efetivamente, a caracterização da onerosidade excessiva pressupõe a existência de vantagem extrema da outra parte e acontecimento extraordinário e imprevisível. Esta Corte já decidiu que tanto a teoria da base objetiva quanto a teoria da imprevisão “demandam fato novo superveniente que seja extraordinário e afete diretamente a base objetiva do contrato” (AgInt no REsp 1.514.093/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 7/11/2016), não sendo este o caso dos autos. 4. Agravo interno não provido”. (AgInt no AREsp 1340589/SE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 27/05/2019).

²⁸² COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA. REVISÃO CONTRATUAL. Correção monetária pelo IGP-M/FGV e juros compensatórios de 0,5% ao mês. Legalidade. Capitalização de juros não verificada. Contrato que prevê a aplicação dos juros de forma simples. Teoria da imprevisão. Inaplicável. Alegações de dificuldades financeiras, mudança de seu estado civil e problema de saúde que não exoneram a apelante da obrigação de adimplir as prestações assumidas. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1043759-59.2016.8.26.0576; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2018; Data de Registro: 30/10/2018).

²⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato Imobiliário e a Legislação Tutelar do Consumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 83-84.

contratual são dados inerentes à álea do negócio. Fatores como morte, doença, desemprego, prejuízos, insolvabilidade são riscos que correm todos os devedores e, por isso, não podem ser tratados como acontecimentos supervenientes adequados à revisão do contrato à luz da teoria da imprevisão. Em linha geral e objetiva são fatos previsíveis e ordinários.

Tratando a respeito de uma suposta impossibilidade da prestação de pagamento por dificuldade financeira, Catarina Monteiro Pires²⁸⁴ também enuncia que

A doutrina portuguesa pronuncia-se negativamente quanto à justificação de uma verdadeira impossibilidade do cumprimento quando estejam em causa obrigações pecuniárias, uma vez que essa impossibilidade deve ser tratada em sede insolvencial, salientando, assim, que em relação às dívidas pecuniárias nunca se admite a impossibilidade: o devedor terá sempre de cumprir, sob penas de inadimplemento²⁸⁵.

²⁸⁴ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 33. Em outra oportunidade, a mesma autora asseverou que “[...] a menor capacidade financeira temporária do devedor não é um motivo, para, por si só, afastar o dever de prestar. O risco de oscilações do património do arrendatário é, em regra, do próprio arrendatário, como corrobora o Tribunal de Relação de Guimarães, em acórdão já citado, entre outras decisões. Aliás, o risco de oscilações da capacidade de pagar é, em regra, um risco do devedor da prestação pecuniária”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 105). Mafalda Miranda Barbosa também sustenta que “[...] já não haverá, porém, impossibilidade na hipótese em que A, impossibilitado de exercer a sua atividade profissional e vendo o seu rendimento mensal diminuir, se confronta com graves dificuldades em pagar a renda ou as prestações do mútuo à habitação. É que aqui, apesar do esforço que passa a ser exigido ao devedor – do ponto de vista financeiro – não se deteta uma grave desproporção entre este o interesse do credor. Podemos até aventar a hipótese de o senhorio necessitar das rendas para sobreviver, por ser essa a sua única fonte de rendimento. E podemos ponderar a necessidade imperiosa de o banco não se confrontar com uma situação de incumprimento de crédito, em função das regras que tem de cumprir em relação às autoridades de supervisão”. (BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a impossibilidade e a alteração superveniente das circunstâncias: reflexões a propósito da pandemia de COVID-19. *Revista do Ministério Público*. Número Especial Covid-19: 2020. p. 246).

²⁸⁵ Ana Taveira da Fonseca, por sua vez, afirma que “[...] o devedor que se encontra vinculado ao cumprimento de uma prestação pecuniária está, do nosso ponto de vista, sujeito a um regime jurídico distinto, que o obriga a responder em situações em que, em regra, a obrigação de prestar se extinguiria. Nesses casos, não é possível também considerar que exista uma verdadeira situação de impossibilidade não imputável ao devedor porque, enquanto existir dinheiro, a prestação poderá ser realizada. (FONSECA, Ana Taveira da. *Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato*. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 17). O tema também é abordado em PEREIRA, Tatiana Souza. *Reflexões a propósito da difficultas praestandi à luz do regime de alteração das circunstâncias*. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 83-103 e ANTUNES, Henrique Sousa. Os desafios da legislação COVID-19 à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 37-82.

A impossibilidade de revisão da prestação em razão que dificuldades financeiras do devedor é o posicionamento majoritário da jurisprudência portuguesa que, em julgado do Supremo Tribunal de Justiça²⁸⁶, assentou que “as alterações da taxa de juro e de esforço; o desemprego e a desvalorização da moeda, mais a mais desacompanhada da invocação das concretas circunstâncias de vida dos autores à data da outorga dos contratos-promessa, não são fundamentos ligados à ideia de imprevisibilidade”.

Jorge Cesa Ferreira da Silva²⁸⁷, no mesmo sentido, afirma que a onerosidade excessiva deve ser avaliada a partir de critérios eminentemente objetivos, respeitantes à prestação em si e, portanto, não entram em questão a capacidade de solvência da parte ou as condições subjetivas do devedor. Na mesma linha argumentativa, João Biazi²⁸⁸ destaca que “segue forte entre nós a distinção entre *impossibilitas*, visto como *impedimentum naturale*, e *difficultas*. A segunda, a mera dificuldade, segue vista como questão de conveniência, incapaz de afetar o conteúdo da promessa e, portanto, não suficiente para impedir o prosseguimento do conteúdo obrigacional”.

Seguimos essa linha de pensamento. A dificuldade financeira da parte, seja numa relação empresarial, civil e, até mesmo nas relações de consumo, não é fundamento para autorizar o pedido de revisão. Se a dificuldade financeira do contratante tornar insuportável

²⁸⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de janeiro de 2014 (rel. Granja da Fonseca), processo n. 1117/10.9TVLSB.P1.S1. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 15 mar. 2020. Da mesma forma, também se entendeu que “com a crise financeira (...) não ocorreu qualquer alteração anormal das circunstâncias, uma vez que as crises financeiras não podem ser consideradas circunstâncias anormais, que escapam à regra, totalmente imprevisíveis, mas antes situações cíclicas e repetidas no tempo”. Destaque-se ainda outro trecho do julgado: “À boa ética empresarial, entendida como um valor ligado à organização destinada a assegurar os bons resultados da empresa no mercado, está associada a obtenção do lucro, ou seja, o retorno do resultado dos serviços prestados aos clientes. Esta denotada atividade comercial envolve, outrossim, a contingência do risco de perder a valia monetária que o empresário remeteu para o seu investimento financeiro, ocorrência que se poderá materializar em virtude de, entretanto e de forma negativa, se alterarem as particularidades do mercado em que aquele planeado programa se compreende. Este caracterizado risco, mais precisamente, a consciente apreensão do grau de incerteza na obtenção do retorno esperado numa determinada aplicação financeira ou investimento realizado, haverá de ser singularmente calculado e tido em consideração pelo investidor na postura que é tomada antes de cada projetado negócio”. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de maio de 2013, Relator José Avelino Gonçalves, processo n. 1167/10.5TBA-CB-E.C1 (disponível em: www.dgsti.pt. Acesso em 11 out. 2021).

²⁸⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 171.

²⁸⁸ BIAZI, João Pedro de Oliveira. *A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor*. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 73. Ainda segundo o autor: “A impossibilidade superveniente, até por impor condição tão drástica à relação jurídica obrigacional – sua resolução, não pode ser concedida juridicamente frente a qualquer situação de instabilidade patrimonial das partes. Os contratos são feitos para serem cumpridos, de tal sorte que uma hipótese legal que permite o não cumprimento e libera o devedor de seu dever jurídico não pode ser vista sob um ponto de vista flexível”. (BIAZI, João Pedro de Oliveira. *A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor*. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 76).

o cumprimento das suas obrigações, o contrato poderá ser resolvido (com atribuição de culpa) e deverá o inadimplente responder pelas consequências do descumprimento. No caso concreto, resta saber se há hipótese de rescisão unilateral, sem prejuízo de as partes, ainda, firmarem distrato. Eventualmente, ainda caberá ao credor adotar outras medidas que entender cabíveis, como, por exemplo, a execução forçada da prestação.

Mesmo em tempos de pandemia decorrente do COVID-19, recente decisão indeferiu pleito de revisão de contrato de locação residencial, pela alegação, do locatário, de que esteve impedido de exercer seu ofício de *personal trainer*, já que as academias foram fechadas, resultando em brusca queda de sua remuneração^{289 290}.

²⁸⁹ Ao indeferir o pleito, a decisão asseverou que “[...] a posição doutrinária majoritária de que as alterações pessoais de fortuna da parte contratante (caráter subjetivo da relação jurídica contratual), não se enquadram dentro da alteração das bases objetiva do negócio jurídico (TEORIA de OERTMANN) a autorizar a revisão judicial do contrato. Em outras palavras, situações subjetivas próprias das partes não permitem que o Poder Judiciário integre uma relação contratual, sob pena indevida interferência na autonomia contratual”. (TJSP, Processo n. 1016917-03.2020.8.26.0576, Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de São José do Rio Preto. Decisão proferida em 29/04/2020. Juiz Cristiano de Castro Jarreta Coelho). Decisões recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo confirmam o entendimento que o desemprego não pode ser fundamento para obstar o despejo ou revisar o contrato de locação. Nesse sentido: AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA – Autora que reclama não ter sido paga nenhuma prestação do contrato de locação firmado com a ré em 14/12/2019 – Sentença de procedência mantida – Inadimplência incontroversa - Dificuldade financeira e desemprego que não tem o condão de obstar a retomada do imóvel, tampouco sendo plausível o argumento de que a pandemia de coronavírus deveria conduzir à improcedência da demanda, pois ficaria a ré impossibilitada de dar cumprimento ao isolamento social – Hipótese dos autos, ademais, que não se subsume à Lei n. 14.010/2020, que trata da vedação da concessão de liminares em ação de despejo, até outubro de 2020 – Honorários advocatícios já arbitrados em seu percentual máximo, não comportando majoração – RECURSO DESPROVIDO (TJSP; Apelação Cível 1000091-54.2020.8.26.0493; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Regente Feijó – Vara Única; Data do Julgamento: 16/12/2020; Data de Registro: 16/12/2020). No mesmo sentido: Agravo de instrumento. Contrato verbal de locação de imóvel. Despejo por falta de pagamento. Relação locatícia e inadimplemento que restaram incontroversos. Deferimento do pedido de desocupação liminar. Presença dos requisitos do artigo 59, §1º, inciso IX, da Lei n. 8.245/91. Dificuldades financeiras e desemprego que, conquanto relevantes do ponto de vista social, não autorizam a permanência dos locatários no imóvel sem o pagamento dos alugueres. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2257763-77.2019.8.26.0000; Relator (a): Ruy Coppola; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Socorro – 2ª Vara; Data do Julgamento: 04/02/2020; Data de Registro: 04/02/2020).

²⁹⁰ A questão seria distinta, evidentemente, se o efeito da pandemia fosse na prestação em si, ou seja, se o locatário fosse impedido de utilizar a coisa, por exemplo, por determinação do Poder Público. Ao longo da pandemia, muitos artigos acadêmicos foram produzidos para tratar da questão da revisão do contrato nos contratos de locação. Não é objetivo desse trabalho tratar especificamente a respeito desse tema e, para tanto, remetemos o leitor para: SIMÃO, José Fernando. Pandemia e locação – algumas reflexões após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 24/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325272/pandemia-e-locacao-algumas-reflexoes-necessarias-apos-a-concessao-de-liminares-pelo-poder-judiciario-um-dialogo-necessario-com-aline-de-miranda-valverde-terra-e-fabio-azevedo> Acesso em: 08 set. 2020; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. *Migalhas*. Publicado em 20/03/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em: 8 out. 2021; AZEVEDO, Fábio. Sem shopping, sem aluguel: covid-19 e alocação de risco. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 13/04/2020, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping--sem-aluguel--covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em 8 out. 2021; e MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e a

Segundo José Fernando Simão²⁹¹, as questões subjetivas do devedor não servem como fundamento para a revisão do contrato e a mudança pessoal da condição financeira do devedor não implica mudança da base do negócio jurídico, além de não afetar o sinalagma contratual.

A respeito do tema, Paulo Mota Pinto²⁹², citando doutrina alemã, afirma que “o sentido de um contrato é justamente obrigar uma parte ao cumprimento mesmo quando ela já não quer manter o contrato. Faz parte do seu risco, se mais tarde se arrepende do contrato. Ela tem de suportar o ‘risco da realidade’”.

O que importa para a revisão do contrato, portanto, são os fatos supervenientes alheios à previsibilidade, diferentes daqueles que as partes poderiam antever, que dificultam objetivamente o cumprimento da obrigação e ultrapassam os riscos próprios do contrato. O desemprego não pode ser reputado como fato imprevisível. Nenhum funcionário da iniciativa particular está imune a eventual demissão (com ou sem justa causa). É risco próprio do contrato o fato de o devedor, no curso do contrato, ter que adimplir sua prestação, mesmo em situação de empobrecimento.

excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYEN, Fernando (coord.). *Impactos econômicos da covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. A propósito do tema no direito italiano, cite-se LORENZI, Valeria de. La pandemia e i contratti di locazione commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obbligazioni*. Anno CXIX (2021). n. 2. p. 229-260. Na doutrina portuguesa, Mafalda Miranda Barbosa sustentou que “[...] é também de impossibilidade que se trata naquela situação em que D, comerciante e arrendatário de uma loja, se encontra em grande dificuldade para pagar a renda do locado, tendo em conta a impossibilidade de abertura do seu estabelecimento comercial. Não se trata, aqui, de ponderar a dificuldade da prestação, mas de ter em conta que o fim a que se destina o arrendamento se tornou irrealizável. Ora, como vimos, a frustração do fim da prestação enquadra-se nas hipóteses de impossibilidade”. (BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a impossibilidade e a alteração superveniente das circunstâncias: reflexões a propósito da pandemia de COVID-19. *Revista do Ministério Público*. Número Especial Covid-19: 2020. p. 245).

²⁹¹ SIMÃO, José Fernando. Pandemia e locação – algumas reflexões após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 24/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325272/pandemia-e-locacao-algumas-reflexoes-necessarias-apos-a-concessao-de-liminares-pelo-poder-judiciario-um-dialogo-necessario-com-aline-de-miranda-valverde-terra-e-fabio-azevedo> Acesso em: 08 set. 2020. Em outra oportunidade, o mesmo autor asseverou que “[...] se o desemprego for causa suficiente para a revisão contratual, duas consequências nefastas daí decorreriam. A primeira é que todos os contratos firmados pelo devedor, agora desempregado, passariam por necessário crivo judicial com o intuito de sua revisão. Haveria para os credores, portanto, um risco inerente de se negociar com a pessoa que tem emprego por conta da possibilidade de demissão. A segunda consequência é que qualquer grave crise econômica, oriunda ou não de pandemias, que gerasse desemprego ou redução de salário, daria a possibilidade de ampla revisão contratual”. (SIMÃO, José Fernando. Redimensionamento da prestação em face dos arts. 317 e 479 do Código Civil. *Revista do Advogado*. n. 148. Dez. 2020. São Paulo: AASP, 2020. p. 129).

²⁹² PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *O contrato na gestão e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 93.

É bem verdade, contudo, que em tempos de pandemia, o desemprego pode se agravar sobremaneira. Daí porque, em alguns casos, o legislador pode ter interesse em revisar contratos específicos, por um período transitório. Foi o caso do Projeto de Lei do Senado n. 1.179 (posteriormente convertido na Lei 14.010/2020) cuja redação original pretendia autorizar a revisão do contrato de locação residencial para possibilitar a suspensão total ou parcial do pagamento de aluguel por prazo determinado, quando os inquilinos sofressem “alteração econômico-financeira”. O objetivo original do Projeto, a respeito da locação, era justamente criar um regime transitório, em que se autorizaria revisão compulsória, quando houvesse dificuldade financeira do devedor, ideia que não foi acolhida quando da edição da Lei 14.010/2020²⁹³.

No mesmo sentido, Portugal, ao longo da pandemia, editou leis para regular situações excepcionais. Dentre elas, estabeleceu um regime extraordinário e transitório de proteção aos arrendatários, suspendendo a produção de efeitos das denúncias de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio (art. 8º da Lei 1-A/2.020). Além disso, a Lei 4-C/2020 estabelece critérios objetivos para que uma família possa estar apta a se ver contemplada pelos benefícios conferidos pela Lei. A legislação

²⁹³ A redação original do projeto que ensejou a Lei 14.010/2020, previa: “Art. 10. Os locatários residenciais que sofrerem alteração econômico-financeira, decorrente de demissão, redução de carga horária ou diminuição de remuneração, poderão suspender, total ou parcialmente, o pagamento dos alugueres vencíveis a partir de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020. § 1º Na hipótese de exercício da suspensão do pagamento de que trata o caput, os alugueres vencidos deverão ser pagos parceladamente, a partir de 30 de outubro de 2020, na data do vencimento, somando-se à prestação dos alugueres vincendos o percentual mensal de 20% dos alugueres vencidos. § 2º Os locatários deverão comunicar aos locadores o exercício da suspensão previsto no caput. § 3º A comunicação prevista no § 2º poderá ser realizada por qualquer ato que possa ser objeto de prova lícita”. Quando o PL 1179/2020 foi analisado pela Câmara, referido dispositivo foi tolhido, permitindo-se apenas a impossibilidade de concessão de liminar em hipóteses específicas (art. 9º). Aprovada a Lei 14.010/2020, foi vetado, pelo Presidente da República, o referido dispositivo que impedia a concessão de liminares, até outubro de 2020. Meses depois, contudo, o veto ao referido dispositivo foi derrubado pelo Congresso Nacional, restando impossibilitados de ocorrerem os despejos até o final de outubro de 2020. Em seguida, o STF, em decisão publicada em junho de 2021, nos autos da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 828 e com relatoria do Min. Roberto Barroso, decidiu-se pela impossibilidade de serem efetivados despejos até o final de 2.021 “[...] sem a audiência da parte contrária (art. 59, § 1º, da lei 8.425/91), nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório”. Ato contínuo, em outubro de 2021, foi sancionada a Lei 14.216/2021 que, no artigo 4º, determinou-se que “[...] não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo a que se referem os incisos I, II, V, VII, VIII e IX do § 1º do art. 59 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 31 de dezembro de 2021, desde que o locatário demonstre a ocorrência de alteração da situação econômico-financeira decorrente de medida de enfrentamento da pandemia que resulte em incapacidade de pagamento do aluguel e dos demais encargos sem prejuízo da subsistência familiar”.

também autorizava o diferimento de rendas em contratos de arrendamento não habitacionais e apoio financeiro para arrendatários habitacionais²⁹⁴.

O fato de ser necessária a edição de lei para alterar o exercício de direitos potestativos conferidos em favor do credor demonstra que, de fato, a ruína pessoal do devedor, por si só, não é hipótese que autoriza a revisão contratual. Ademais, como bem ressaltado por Mafalda Miranda Barbosa, o legislador português, atento à necessidade de salvaguardar determinados valores e tendo em conta a imperiosa urgência decorrente do Covid-19, editou as referidas leis justamente para modificar a disciplina geral do ordenamento²⁹⁵.

1.5.1.5 A revisão judicial dos contratos aleatórios

Consoante a lição de Clovis Beviláqua²⁹⁶, “os contratos são aleatórios se as vantagens a obter são incertas e vacilantes, podendo ser maiores, iguais ou menores do que as prestações realizadas para obtê-las ou, até, absolutamente nulas”.

É nesse sentido que Custódio da Piedade Ubaldino Miranda²⁹⁷, ao distinguir a comutatividade da aleatoriedade, afirma que nos contratos aleatórios “há uma incerteza, em regra, quanto à prestação de uma das partes, sujeita a um risco, que pode depender de um acontecimento futuro e incerto”²⁹⁸.

²⁹⁴ Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira elucidam soluções jurídicas adotadas em outros países. A esse exemplo, citam o *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* de 27 de março de 2020 que alterou o artigo 240 da lei de introdução ao BGB e introduziu uma série de medidas especificamente para tutelar os devedores em situação de dificuldade financeira. Dentre as medidas, a impossibilidade de serem cessados contratos de consumo considerados essenciais quando for essencial para a vida do devedor e seus dependentes, além de vedar a cessação de contratos de arrendamento em situações específicas. Além disso, na Itália, relatam que foi editado o *Decreto-Legge* de 17 de março de 2020, conhecido como “Decreto cura Itália” que estabeleceu moratória bancária destinada às micro, pequenas e médias empresas (art. 56º, n. 5). Também asseveram que na Espanha, o *Real Decreto-Ley* 8/2020, de 17 de março, determinou medidas urgentes extraordinárias para fazer frente ao impacto econômico e social da COVID-19. (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Resolução parcial, dever de renegociar e modificação contratual em contexto de Covid-19. *Revista de Direito Civil*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano V (2020). Número 3. Diretor: António Menezes Cordeiro. p. 543).

²⁹⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a impossibilidade e a alteração superveniente das circunstâncias: reflexões a propósito da pandemia de COVID-19. *Revista do Ministério Público*. Número Especial Covid-19: 2020. p. 254.

²⁹⁶ BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940. p. 188.

²⁹⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos Contratos em Geral* (arts. 421 a 480). vol. 5. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 313.

²⁹⁸ Ao cuidar do traço que diferencia o contrato aleatório do contrato comutativo, Adalberto Pimentel Diniz de Souza adverte: “[...] ora, não é porque um contrato está vinculado à compra futura (de safra, por exemplo) que ele é obrigatoriamente aleatório. É, pois, comutativo o contrato em que o adquirente se compromete ao pagamento de certo preço por determinado produto, ainda que sujeito à produção futura. Se um comprador se compromete a pagar um preço ‘x’ a cada saca de milho colhida por um determinado produtor agrícola durante certo período, é nítido o estabelecimento da correspondência entre o preço pago e a prestação. O contrato é

Se é certo que em todo contrato há um risco, pode-se dizer que no contrato aleatório esse é da sua essência, pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de um acontecimento incerto para ambos os contratantes²⁹⁹. Assim, a álea caracteriza a causa-função do contrato, ou seja, é a álea que fundamenta o próprio tipo contratual³⁰⁰. Como bem referido por Francisco Messineo³⁰¹, no contrato aleatório, o risco é em certo modo, o objeto do contrato ou, ainda, como destaca Vincenzo Roppo³⁰², o risco qualifica a causa do contrato aleatório³⁰³.

Segundo Roppo³⁰⁴, o termo álea significa sorte (em seu perfil objetivo) e risco (em seu perfil subjetivo) e, nos contratos aleatórios, as partes assumem o risco econômico e jurídico de ver a prestação ser reduzida ou aumentada em razão de fatos incertos. O autor prossegue afirmando que não é aleatório o contrato quando as partes estão sujeitas apenas aos riscos econômicos, ou seja, relativos ao custo ou utilidade da prestação^{305 306}.

comutativo. De outro modo, se o comprador se compromete a pagar um preço fixo 'x' + 'y', por todas as sacas colhidas por um produtor em determinado período, seja qual for a produção, é evidente que, nesse caso, há sujeição à incerteza de lucro ou prejuízo em razão de evento futuro (a colheita). O contrato, desse modo, é aleatório". (SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 67).

²⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Fonte das obrigações. vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 61.

³⁰⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil*: dos Contratos em Geral (arts. 421 a 480). vol. 5. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 316.

³⁰¹ MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 622.

³⁰² ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 424. No original. "il rischio qualifica la causa del contratto aleatorio".

³⁰³ Ainda na doutrina italiana e a respeito da aleatoriedade do contrato, Enrico Gabrielli afirma que "[...] a categoria é caracterizada do ponto de vista funcional, atentando sobretudo para o resultado final que se produz ao nível da estrutura de concreto dos interesses opostos. Definir o contrato aleatório com referência à conotação de incerteza para as partes do resultado econômico, positivo ou negativo, significaria, entretanto, fornecer uma definição muito genérica, visto que essa incerteza também está presente na hipótese de extensão convencional da álea normal, bem como em contratos com serviços determinados e específicos mas com execução diferida". E prossegue o autor: "A álea, que descreveria um aspecto econômico de alguns contratos tradicionalmente considerados aleatórios, e nem mesmo de todos, pertenceria de fato a uma ordem de conceitos metajurídicos, pois a incerteza quanto ao resultado econômico indica a situação psicológica das partes contratantes sobre o resultado não jurídico, mas econômico do contrato". Tradução livre do original: "In tal modo si caratterizza la categoria sotto il profilo funzionale, rivolgendo l'attenzione soprattutto al risultato finale che viene a prodursi sul piano del concreto assetto degli interessi contrapposti. Definire il contratto aleatorio con riferimento al connotato della incertezza per le parti del risultato economico, positivo o negativo, significherebbe, però, fornire una definizione troppo genérica, visto che quell'incertezza è presente anche nelle ipotesi di estensione convenzionale dell'alea normale, nonché nei contratti con prestazioni certe e determinate ma ad esecuzione differita [...] L'alea, che descriverebbe un aspetto economico di alcuni contratti ritenuti tradizionalmente aleatori, e neppure di tutti, apparterrebbe infatti ad un ordine di concetti metagiuridici, poichè l'incertezza sul risultato economico indica la situazione psicologica delle parti contraenti sull'esito non giuridico ma economico del contratto". (GABRIELLI, Enrico. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. *Contratto e impresa*. Ano XI. n. 3. Setembro-Dezembro. Padova: CEDAM, 1995. p. 930).

³⁰⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 421.

³⁰⁵ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 421.

³⁰⁶ O fato de o contrato ser comutativo, hipótese de as partes conhecerem as prestações determinadas (ou determináveis) desde a sua formação do contrato, não significa que os contratantes estão livres dos riscos. Num

Os contratos aleatórios podem ser assim considerados pela sua natureza ou por força de manifestação das partes. Os contratos aleatórios por sua natureza são aqueles em que, como verificado acima, a aleatoriedade é elemento essencial à causa do contrato. Já os contratos aleatórios por força de manifestação das partes são aqueles que não contêm a aleatoriedade como causa originária, mas em razão de vontade dos contratantes³⁰⁷.

Se as partes optaram por um contrato aleatório, naturalmente o risco assumido é potencialmente maior comparativamente a um contrato comutativo (assim como os ganhos também podem ser potencialmente maiores em relação ao preço pago). Como bem referido por Serpa Lopes³⁰⁸, se uma das partes assumiu um risco, não pode queixar-se do que lhe possa resultar, em sobrevindo o acontecimento previsto. É inadmissível dizer-se prejudicada por um risco que constitui a própria essência do contrato por ela firmado.

Embora o contrato aleatório tenha em sua natureza o risco, algumas disposições legais estabelecem limites e regulam o risco assumido. É o caso do contrato de seguro, em que o segurado tem o dever de comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto³⁰⁹. Portanto, se o segurador não tem a comunicação prévia do agravamento do risco, o limite da álea do contrato aleatório é rompido.

contrato comutativo de compra e venda de imóvel, por exemplo, o comprador está sujeito, entre tantos riscos, ao risco de valorização ou desvalorização da coisa adquirida. Ademais, como bem ressaltado por Araken de Assis, os negócios imobiliários constituem um campo propício para ganhos e perdas por razões de mercado e alheias à equivalência original das prestações. (ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito das Obrigações* (artigos 421 a 578). vol. V. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. São Paulo: Forense, 2007. p. 415).

³⁰⁷ Exemplo de contrato aleatório por força da vontade dos contratantes é a intitulada 'compra e venda da esperança', na qual a álea incide na causa do contrato, nos termos do art. 458, do Código Civil. Cite-se a hipótese em que as partes ajustam a aquisição do resultado de colheita de certa fazenda em determinado período, sendo devido o preço ainda que nada seja colhido. Atente-se, contudo, para a advertência de Custódio Ubaldino Miranda: "[...] não se deve confundir o contrato de venda futura, com conteúdo aleatório, com contrato comutativo de compra e venda, atual ou presente, que pode ser continuado ou de execução diferida. O que os distingue é que nos contratos comutativos existe uma equivalência das prestações das partes, enquanto nos aleatórios uma das partes assume o risco da existência da coisa ou do seu valor, em virtude da natureza do objeto da prestação ou da convenção das partes." (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos Contratos em Geral* (arts. 421 a 480). vol. 5. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 320).

³⁰⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Fontes das obrigações. Contratos*. vol. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 57.

³⁰⁹ Código Civil, Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. § 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

Como bem ressaltado por Custodio Ubaldino Miranda³¹⁰, no âmbito dos contratos aleatórios, o que interessa é que a *proporção inicial dos riscos* não seja alterada. Assim, mesmo nos contratos aleatórios, eventualmente, algumas situações podem alterar a os riscos próprios do contrato, podendo dar azo ao surgimento da álea extraordinária que agrava a situação de um dos contratantes. Defendendo a possibilidade de as partes, no contrato aleatório, valerem-se da revisão judicial, Custodio Ubaldino Miranda³¹¹ registra que o art. 478, do Código Civil

[...] foi cauteloso [...] porque disse simplesmente nos contratos de execução continuada e diferida, sem qualquer restrição, quando poderia ter dito nos contratos *comutativos* de execução continuada e diferida, se lhe repugnasse a ideia de que os contratos aleatórios poderiam, em certas condições, estar sujeitos ao mesmo tratamento dispensado àqueles.

Assim, segundo defende o autor, não haveria restrição para que se aplicasse a disciplina da onerosidade excessiva aos contratos aleatórios³¹². Esse também é o entendimento de Ruy Rosado Aguiar Júnior³¹³ que defende que em princípio, é possível às partes alegar onerosidade excessiva mesmo nos contratos aleatórios, desde que o evento

³¹⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos Contratos em Geral* (arts. 421 a 480). vol. 5. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 331.

³¹¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos Contratos em Geral* (arts. 421 a 480). vol. 5. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334.

³¹² Segundo o autor: “Não houve assim, aparentemente, ao que parece, qualquer restrição, de caráter geral, para que se estendesse, quando necessário, a disciplina da onerosidade excessiva até mesmo aos contratos aleatórios que não o sejam por natureza, mas por convenção das partes. [...] não havendo culpa alguma do alienante, se a perda parcial do produto prometido for devida a acontecimentos que agravaram sobremaneira o risco assumido, ficará sem qualquer proteção o adquirente, ainda que a prestação venha a se tornar onerosa? [...] O conceito de quantidade (ou qualidade) inferior é assim um conceito jurídico indeterminado, competindo ao juiz, em cada caso, ante a adequada valoração das concretas circunstâncias, decidir, se e em que medida deverá determinar a redução da prestação do adquirente, em face de uma exagerada desproporção dos riscos que redundam, nesta espécie de contratos aleatórios (convencionados), em desproporção de prestações, que justifique tal como nos casos de onerosidade excessiva e de lesão, a sua redução”. (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos Contratos em Geral* (arts. 421 a 480). vol. 5. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334 e seguintes).

³¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 157.

esteja fora da álea própria do contrato. A opinião é acompanhada por Antônio Junqueira de Azevedo³¹⁴ e, na doutrina portuguesa, por Catarina Monteiro Pires³¹⁵.

Exemplo trazido por José de Oliveira Ascensão³¹⁶ é bastante elucidativo: “quem joga na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária que pode levar à rescisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”. Ademais, a posição da doutrina portuguesa é justamente pela possibilidade de revisão de contratos aleatórios³¹⁷, entendimento também admitido pelo

³¹⁴ “[...] diversa é a questão da revisão dos contratos aleatórios. A lei brasileira é omissa, nesse ponto, o que leva o intérprete à admissão de sua revisão, em tese, embora, na prática, seja difícil de ocorrer. As decisões jurisprudenciais são, em geral, contrárias ao pedido de revisão, mas a verdade é que o contrato aleatório, além de sua álea específica (contratual), está também sujeito, como os demais contratos, a acontecimentos inteiramente imprevisíveis e independentes da relação contratual (álea extraordinária)” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191). Na doutrina nacional, cite-se ainda Adalberto Pimentel Diniz de Souza, que defende que a ocorrência de riscos impróprios à contratação, fora da álea normal do contrato, mesmo no caso de contrato aleatório, pode ensejar a quebra da equação econômica do negócio. (SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 117). No mesmo sentido, Paula Greco Bandeira também é defensora da tese de que mesmo nos contratos aleatórios, há uma álea extraordinária que, rompida, altera a base contratual. Segundo a autora “[...] os contratos aleatórios não se encontram imunes ao influxo de eventos supervenientes, imprevisíveis e extraordinários que, não sendo imputáveis a qualquer das partes, acarretam o desequilíbrio das prestações contratuais”. (BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 257). Na doutrina portuguesa, Ana Prata defende que “[...] os contratos aleatórios também podem ser revistos, bastando que a alteração anormal tenha ocorrido fora do núcleo aleatório que caracteriza o contrato”. (PRATA, Ana *et al.* *Código Civil Anotado*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2017. p. 559).

³¹⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Tutela da autonomia privada em cenários disruptivos: riscos, crédito e garantias*. Lisboa: AAFDL, 2021. p. 38.

³¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.

³¹⁷ Assim: COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 422; SERRA, Adriano Vaz. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*. n. 68, 1957. p. 332 e seguintes; PINTO, Paulo Mota. Contrato de swap de taxa de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 161 e seguintes.

Supremo Tribunal de Justiça português³¹⁸ quando do julgamento da possibilidade de revisão de contratos de *swap*³¹⁹, classificado como contrato aleatório.

A corrente que admite a possibilidade de resolução/revisão dos contratos aleatórios foi fortalecida nos últimos anos, destacando-se, inclusive, o enunciado 440 do Conselho da

³¹⁸ CONTRATO DE SWAP. CONTRATO INOMINADO. ALTERAÇÃO ANORMAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CONTRATO. TAXA DE JUROS. CRISE FINANCEIRA. MODIFICAÇÃO. BOA FÉ. RESOLUÇÃO DE NEGÓCIO. CONTRATO DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU PERIÓDICA. I - Contrato de *swap*, ou de permuta financeira, é o contrato através do qual uma parte transfere o risco económico inerente a um activo para outra parte, em troca de uma remuneração; concretamente as partes obrigam-se (i) ao pagamento recíproco e futuro de duas quantias pecuniárias, (ii) na mesma moeda ou em moedas diferentes, (iii) numa ou várias datas predeterminadas, (iv) calculadas por referência a fluxos financeiros associados a um activo subjacente, geralmente, a uma determinada taxa de juro. II - São seus caracteres o serem contratos a prazo; consensuais, (não estando sujeitos a forma legal obrigatória, excepto nos casos em que se insiram em serviços de intermediação financeira com o público investidor), não reais (cuja formação requer a mera declaração das partes contratantes), sinalagmáticos (sendo fonte para ambas as partes de obrigações ligadas entre si por um nexo de reciprocidade), patrimoniais (onde está, em regra, afastado qualquer “*intuitu personae*”, sendo irrelevante a pessoa ou a qualidade dos contratantes), onerosos (envolvendo atribuições patrimoniais para ambas as partes) e aleatórios (no sentido em que é o risco e incerteza que fornece a própria causa e objecto contratuais). III - Quanto ao seu objecto, dividem-se em duas modalidades fundamentais: os swaps de dívidas (as partes acordam permutar ou trocar entre si quantias pecuniárias expressas em duas moedas diferentes, calculadas mediante a aplicação de uma taxa de câmbio predeterminada) e os de juros (as partes contratantes acordam trocar entre si quantias pecuniárias expressas numa mesma moeda, representativas de juros vencidos sobre um determinado capital hipotético, calculados por referência a determinadas taxas de juro fixas e/ou variáveis). IV - A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias depende da verificação dos seguintes requisitos: (i) que haja alteração relevante das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, ou seja, que essas circunstâncias se hajam modificado de forma anormal, e que (ii) a exigência da obrigação à parte lesada afecte gravemente os princípios da boa fé contratual, não estando coberta pelos riscos do negócio. V - Nos contratos, como os referidos em I em que as partes visam justamente negociar sobre a incerteza, o risco fornece o próprio objecto contratual pelo que a alteração das circunstâncias tem de ser de apreciável vulto ou proporções extraordinárias: o prejuízo só justifica a resolução ou modificação do contrato quando se verifique um profundo desequilíbrio do contrato, sendo intolerável com a boa-fé que o lesado o suporte. VI - Tal profundo desequilíbrio pode resultar da significativa descida das taxas de juro (que chegou abaixo dos 3,95%), provocada por grave crise financeira, com grande divergência da taxa, superior, que as partes representaram como possível e a que o contrato pretendia assegurar (*in casu*, 5,15%). VII - Os swaps, que conferem às partes posições jurídicas permutáveis relativas a determinadas quantias pecuniárias em data ou datas futuras previamente fixadas, são contratos de execução sucessiva ou periódica – a sua realização exige várias prestações, durante o tempo de vigência do contrato – pelo que se lhes aplica o n.º 2 do artigo 434.º do CC. (Supremo Tribunal de Justiça, 7ª Secção, Acórdão n. 1.387 de 10 de outubro de 2013). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83a1d4ae8a10876180257c0600300716?OpenDocument&Highlight=0,1387>. Acesso em: 21 abr. 2021.

³¹⁹ O contrato de *swap* de taxa de juro, segundo Paulo Mota Pinto, tem como conteúdo “[...] a constituição de obrigações de pagamento recíproco pelas partes e a prazo, num certo momento ou segundo um calendário acordado, de quantias pecuniárias expressas na mesma divisa, correspondentes à aplicação de taxas de juro (ou de uma fórmula que inclui taxas de juro) a um montante subjacente (o ‘nocial’), real ou fictício, podendo tais obrigações recíprocas extinguir-se total ou parcialmente mediante compensação”. (PINTO, Paulo Mota. Contrato de *swap* de taxa de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 163). Ao longo da crise financeira vivenciada por Portugal entre 2009/2014, o contrato de *swap* e uma possível aplicação do instituto da alteração das circunstâncias foi discutido pela doutrina portuguesa. A respeito do tema, vide: MENEZES CORDEIRO, António. A crise e a alteração de circunstâncias. *Revista de Direito Civil*. Ano 1 (2016), n. 1. p. 7-63 e DUARTE, Diogo Pereira. A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias a propósito dos *swaps*. *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra. Ano 7. n. 1 (2015). p. 189-235. Ver, ainda, PIRES, Catarina Monteiro. *Tutela da autonomia privada em cenários disruptivos: riscos, crédito e garantias*. Lisboa: AAFDL, 2021. p. 22 e seguintes.

Justiça Federal, aprovado quando da V Jornada de Direito Civil. Segundo o enunciado “é possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”³²⁰.

A possibilidade de revisão judicial dos contratos aleatórios quando alteradas as circunstâncias existentes ao tempo de sua celebração foi acolhida pelo Código Civil Argentino³²¹ que expressamente admite a revisão contratual dos contratos aleatórios se a prestação se tornar excessivamente onerosa por causas estranhas à sua álea própria.

A considerar os fundamentos expostos pela doutrina, estamos de acordo que, mesmo em contratos aleatórios, caberá o pedido de resolução / revisão em razão da verificação de

³²⁰ A autora do enunciado foi Paula Greco Bandeira. As razões formuladas pela autora para aprovação do enunciado foram as seguintes: “[...] o princípio do equilíbrio econômico dos contratos, relativo à moderna teoria contratual, incide indistintamente sobre todas as relações contratuais, irradiando seus efeitos também aos contratos aleatórios. O desequilíbrio tradicionalmente atribuído aos negócios aleatórios diz respeito estritamente ao evento eleito pelos contratantes, de realização incerta, o qual, uma vez verificado, opera a repartição dos lucros e perdas consoante o regulamento contratual. Tal evento, todavia, não se confunde com outros eventos, de natureza imprevisível e extraordinária, que em nada se relacionam com a álea definida pelas partes no contrato aleatório. Assim, por exemplo, na compra e venda da safra (art. 458, Código Civil), em que o comprador se obriga a pagar o preço pela safra, ainda que ela não se verifique em certo termo, a verificação da safra é o evento escolhido pelas partes como apto a deflagrar a repartição dos benefícios e perdas decorrentes do negócio. Mas nada impede que outros eventos, como a imprevisível e extraordinária disparada do preço da *commoditie* objeto do contrato torne o preço avençado muito inferior àquele constatado no momento da execução contratual, acarretando extrema vantagem ao devedor, de modo a desequilibrar o contrato. Se assim é, há que se admitir, na esteira de outros institutos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro para proteger o equilíbrio econômico da contratação (exs. arts. 620 e 770, parte final, Código Civil), a possibilidade de aplicação da teoria da excessiva onerosidade aos negócios aleatórios, desde que o evento extraordinário, imprevisível, externo aos contratantes, que cause o desequilíbrio, seja estranho à álea assumida pelas partes no contrato aleatório”. (BANDEIRA, Paula Greco. Enunciado 440. *V Jornada de Direito Civil*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>. Acesso em: 27 ago. 2019).

³²¹ “Artículo 1091. Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”. O anteprojeto para o Código Civil de Vaz Serra, expressamente, admitia a possibilidade de a parte lesada pela alteração das circunstâncias em contrato aleatório pleitear a resolução ou modificação do contrato. Segundo o dispositivo “[...] Se a alteração das circunstâncias estiver compreendida nas flutuações normais do contrato ou for abrangida pela finalidade dele, não se admite a resolução ou modificação, de que trata o presente artigo. Os contratos aleatórios podem ser revolvidos ou modificados quando a alteração das circunstâncias exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato; mas a resolução ou modificação não se admitem por uma causa quando as partes se sujeitaram a efeitos análogos aos desta, resultantes de outras causas”. (PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *O contrato na gestão e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 78).

álea extraordinária. Assim, não se pode dizer que, mesmo em contratos aleatórios, o risco assumido por um dos contratantes é ilimitado, se as partes assim expressamente não anuíram. Ocorrido um fato que implique risco extraordinário, mesmo em um contrato aleatório, caberá a revisão/resolução.

Talvez a maior dificuldade seja entender justamente qual o limite da álea do contrato que admitiria a revisão, seja nos contratos aleatórios, seja nos contratos comutativos. Nesse sentido, o emprego do conceito de ‘risco próprio do contrato’ pode auxiliar o intérprete na avaliação da possibilidade (ou não) de revisão contratual.

1.5.2 Os riscos próprios do contrato e sua avaliação como requisito para a revisão contratual

De forma a melhor compreender os riscos assumidos pelos contratantes, a doutrina costuma separar a álea *normal* da álea *extraordinária* dos contratos. A álea *normal* do contrato refere-se aos acontecimentos que, embora, a princípio, não sejam levados em consideração pelas partes ao determinarem o conteúdo do contrato, são previsíveis. A álea normal designa o evento previsível que possa vir a ocorrer no curso da relação contratual, em contraposição aos eventos extraordinários e imprevisíveis^{322 323}.

³²² SCALFI, Gianguido. *Corrispettività e alea nei contratti*. Milano: Cisalpino Istituto Editoriale Universitario, 1960, p. 133-164, *apud* BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 51.

³²³ Paula Bandeira, em trabalho a respeito dos contratos aleatórios, afirmou que [...] a álea normal consiste no risco pertinente à causa do negócio entabulado pelas partes, identificando no caso concreto de acordo com específico regulamento de interesses, o qual corresponde, precisamente, à oscilação de valor de prestações já determinadas em contratos comutativos [...] Tal oscilação de valor, causada pelo mercado, revela-se normal e previsível naquele determinado tipo contratual eleito pelas partes, a exemplo da oscilação do preço da matéria-prima ou da mão-de-obra na empreitada a preço global, daí a impossibilidade de se invocar a onerosidade excessiva. (BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 58). Em outra oportunidade, Paula Bandeira e Aline Valverde Terra afirmam que “[...] o risco previsível passa a integrar a álea normal do contrato, compreendida como o risco externo ao contrato, o qual, embora não integre a sua causa, mantém como ela relação de pertinência, por representar o risco econômico previsível assumido pelos contratantes ao escolher determinado tipo ou arranjo contratual”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 146). A respeito do tema e no âmbito do direito italiano, vide BALESTRA, Luigi. *Il contratto aleatorio e l’alea normale*. Padova: CEDAM, 2000 e DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 203 e seguintes.

Como bem referiu Francisco Paulo de Crescenzo Marino³²⁴, a álea normal é a oscilação na relação entre, de um lado, os custos e vantagens previsíveis da prestação, no momento da conclusão do contrato e, de outro, os custos e vantagens efetivos, no momento da execução.

Tome-se como exemplo o contrato de empreitada por preço global. Nessa modalidade, o empreiteiro assume o risco de entregar a obra a um preço fixo, ainda que haja oscilação no preço dos materiais e mão de obra³²⁵.

Na hipótese de construção a preço fixo, além de o construtor necessariamente ter de realizar maiores investigações e estudos técnicos para que a obra não ultrapasse o orçamento projetado, ainda deverá apresentar um orçamento seguro para as hipóteses eventualmente não previstas quando do cálculo do custo construtivo.

Nessa modalidade, segundo Lie Uma Carmo³²⁶, faz parte da racionalidade económico-financeira do empreiteiro a inclusão, no preço, de uma projeção dos acréscimos nos custos e despesas do projeto no decurso dos trabalhos. Para proteger sua margem, a tendência de um empreiteiro racional seria fazer uma projeção conservadora, incluindo os riscos assumidos.

Não obstante as advertências quanto ao zelo do construtor na modalidade de preço fixo, fato é que a prática dos contratos de construção demonstra que, em inúmeros casos, o construtor, ao firmar o contrato, não se vale do rigor necessário nos estudos técnicos devidos para um orçamento assertivo, deixando de acrescer, por exemplo, os custos para eventual e provável majoração do preço da construção. Essa omissão, contudo, não impede que o construtor pleiteie a majoração do preço, alegando que motivo imprevisível ou

³²⁴ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos Contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 41.

³²⁵ A respeito dos riscos envolvidos em tal contrato, Lie Uema do Carmo ressalta: “[...] Nessa modalidade, cabe ao empreiteiro apreçar corretamente os custos diretos e indiretos e as despesas do contrato e estimar a sua margem de lucro. A margem de lucro, no caso, é precisamente o saldo do valor do contrato deduzidos os custos e as despesas da realização da obra. Eventual lapso ou equívoco no apreçamento pode provocar a redução da margem de lucro esperada ou mesmo causar prejuízos ao empreiteiro. Mas o empreiteiro é presumivelmente alguém que conhece seu *métier*, que tem experiência inclusive quanto às oscilações do mercado. Daí se falar que, nessa modalidade, o risco do cálculo dos custos e despesas da obra recaem sobre o empreiteiro”. (CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 81). Também a respeito do tema e no âmbito da doutrina portuguesa, cite-se CAMPOS, Diogo Duarte de; BRANDÃO, Joana. O reequilíbrio económico-financeiro dos contratos de empreitada decorrentes da maior permanência em obra. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2 (Jan.-Jun. 2020), p. 95-117.

³²⁶ CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 81.

extraordinário determinou o aumento do custo da obra, argumento algumas vezes aceito pelo Poder Judiciário³²⁷.

Justamente de forma a tentar melhor depurar os riscos do contrato, mais recentemente, a doutrina tem empregado o termo ‘risco próprio do contrato’ como sinônimo de álea normal. O risco próprio do contrato pode ser relevante instrumento para verificação do preenchimento ou não dos requisitos que ensejam a revisão contratual. Como bem referido por Paulo Mota Pinto³²⁸, os riscos próprios do contrato

[...] podem ser mais ou menos amplos, consoante: o *tipo contratual* escolhido pelas partes (consoante se trate, por exemplo, de um negócio que visa justamente a alteração da exposição aos riscos, ou de negócio aleatório); os respectivos *prazos* contratuais (os riscos em fornecimento de longo prazo com preços fixos são evidentemente maiores); ou outras estipulações incluídas no contrato como seus elementos acidentais, das quais resulte certa distribuição entre as partes dos riscos de evolução da realidade, e, designadamente, do risco de alteração dos valores das prestações ou da verificação de acontecimentos que alterem esses valores para cada uma das partes³²⁹.

É necessário que o intérprete faça uma avaliação a partir de diversas investigações, com o objetivo de verificar se a parte que alega a existência de fato superveniente e

³²⁷A respeito do contrato de empreitada e o preço fixo, Catarina Monteiro Pires faz algumas reflexões: “[...] se as partes convencionaram uma cláusula de preço fixo, a relevância dessa cláusula vai depender do tipo de contrato. Um exemplo muito rápido, numa empreitada de um contrato chave-na-mão (*turn key*) com uma cláusula de preço fixo, em regra, sem prejuízo da análise do contrato, o que essa cláusula quer dizer é que há uma assunção dos riscos de variação dos custos, dos custos da matéria-prima, dos custos de mão-de-obra pelo próprio empreiteiro e, portanto, uma exclusão desse risco a cargo do dono da obra.” (PIRES, Catarina Monteiro. *Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 59). Vide, também, PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior: revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2 (jan.-jun. 2020), p.73-93.

³²⁸ PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *O contrato na gestão e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 92.

³²⁹ Segundo Adalberto Pimentel Diniz, é preciso considerar “as bases ou circunstâncias de celebração do negócio, o ambiente econômico do momento da celebração, bem como sopesar o transcurso temporal entre a celebração do contrato e o momento em que ocorrer a necessidade de avaliação da alteração das circunstâncias contratuais”. (SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 37).

imprevisível não poderia ter evitado os seus efeitos a partir da adoção de cautelas razoáveis e necessárias em relação aos riscos contratuais envolvidos naquele tipo de contrato³³⁰.

Delimitar a equação econômica do contrato é uma árdua tarefa de interpretação. Competirá ao intérprete, como ponto de partida, avaliar quem são os contratantes, a natureza jurídica do contrato e a disciplina contratual por eles entabulada. Mas isso não é só. Também se verificará o tipo contratual e as circunstâncias exteriores que motivaram as partes à contratação. Essa descrição muitas vezes pode estar incluída no próprio contrato, como, por exemplo, nos “considerandos” que antecedem o clausulado³³¹. Além disso, o intérprete também deve avaliar os elementos da fase das negociações, em especial aqueles que digam respeito ao fim contratual pretendido pelos contratantes, além da assunção dos riscos assumidos (ou não) nessa fase.

Mas além disso, o comportamento das partes ao longo da execução do contrato também possui papel destacado, sobretudo em contratos duradouros, cuja modelação dos riscos próprios pode ganhar contornos distintos com o transcorrer do tempo. Também é papel relevante a análise dos usos e costumes daquela operação contratual.

A partir da interpretação do negócio jurídico e sendo concluído que o fato superveniente é imprevisível (ou as consequências que dele decorrem), trazendo prejuízos a um dos contratantes, em razão de riscos não assumidos, será mais fácil ao intérprete avaliar o cabimento ou não da resolução ou revisão do contrato, a considerar que o fato extrapola os riscos próprios do contrato, ou seja, rompe a sua álea normal.

Portanto, o que não poderia ser previsto pelas partes é considerado a álea *extraordinária* do contrato, o que corresponde, assim, aos fatos extraordinários e

³³⁰ Como bem observam Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva “[...] o juiz ou o árbitro deve investigar se o contratante que alega a alteração superveniente das circunstâncias em busca de revisão ou da resolução contratual agiu, ao contratar, com as cautelas exigíveis à pessoa ativa e razoável, considerado o setor econômico no qual situada a atividade prevista no contrato, assumindo os riscos normais do contrato, pois desincumbir-se dessa cautela integra a álea normal”. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 242).

³³¹ Bem pontua Mariana Fontes da Costa ao dizer que “[...] os considerandos podem conter verdadeiras cláusulas contratuais quando deles se retiram acordos de vontade vinculativos com eficácia dispositiva, dotados de conteúdo disciplinar próprio. Neste caso, a interpretação dos considerandos constitui verdadeira interpretação do conteúdo contratual”. (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 384. Nota 1.036).

imprevisíveis³³². É extraordinário o acontecimento excepcional, incomum, incrível. A par desse entendimento, considera-se imprevisível o inesperado, ou seja, o evento que, ainda que possível, foge da probabilidade dos acontecimentos, considerando-se as regras comuns da experiência³³³. Segundo Pedro Melo³³⁴, “o risco acaba onde começa a imprevisão”, ou seja, “o risco deve ser considerado como um evento incerto, mas previsível”³³⁵.

A previsibilidade que importa ao Direito Civil, tal como menciona Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva³³⁶, é aquela “possível a uma pessoa razoável, avaliada segundo o ramo de atividade na qual se insere a obrigação discutida”³³⁷.

São as alterações anormais, excepcionais, anômalas no curso ordinário ou nos acontecimentos naturais que podem ser consideradas situações imprevisíveis. As situações pouco prováveis, mas às quais as partes, de antemão, reconheciam a possibilidade de acontecerem, devem ser reputadas como o risco propriamente dito³³⁸.

A pandemia decorrente do coronavírus, evidentemente, é um desses eventos. Ainda que uma pandemia seja algo previsível, a consequência trazida pela doença é algo que foge à previsibilidade do senso comum e até da própria ciência. Segundo Manuel Carneiro da Frada, “o COVID-19 realiza uma alteração desse tipo porque a emergência sanitária surgida representa a modificação (brusca) de uma condicionante geral da coexistência social, com

³³² Catarina Monteiro Pires assevera que a partir de uma interpretação complementadora, compete ao intérprete avaliar a repartição contratual do risco e só nos casos em que da mesma não se puder extrair uma consequência jurídica quanto à atribuição contratual do risco é que a teoria da base do negócio poderia intervir. (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 384).

³³³ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 41.

³³⁴ MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 74.

³³⁵ MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 76.

³³⁶ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 216.

³³⁷ Anderson Schreiber, a seu turno, retrata o fato imprevisível como “[...] aquilo que não pode ser legitimamente esperado pelas partes no momento da conclusão do ajuste, levando-se em conta as suas características subjetivas, incluindo a sofisticação dos contratantes, mas também as objetivas circunstâncias do negócio, as características do ramo de atividade no qual a prestação devida se encontra inserida, a natureza do contrato, etc.”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 221).

³³⁸ Para João Hora Neto, imprevisível é o que está fora da cogitação das pessoas que estão celebrando o contrato. Segundo o autor, a inundação em área de risco, que seguidamente alaga, é fato previsível. (HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica? *Revista de Direito Privado*, vol. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 150).

impacto generalizado e, em muitos casos, brutal, na possibilidade e forma de interação e cooperação de um número indeterminado de sujeitos”³³⁹.

Bem a propósito, observa Judith Martins-Costa³⁴⁰ que “a pandemia causada pela Covid-19 é incomparável, por suas próprias características”, tendo seus efeitos assumido o “caráter de *disrupção sistêmica* que atinge a teia de relações econômicas em todo o seu ciclo: produção, intermediação, crédito e consumo”³⁴¹.

Mas é importante ressaltar que, muito pontualmente, até mesmo as consequências da pandemia podem ser consideradas riscos próprios do contrato. Até porque, como bem observado por Francisco Eduardo Loureiro³⁴²

³³⁹ FRADA, Manuel Carneiro da. A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: Teses e reflexões para um diálogo. *Revista da Ordem dos Advogados*. vol. 80. p. 153-163. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021. Segundo Ana Taveira da Fonseca, “[...] apesar de uma pandemia ser um evento previsível, no sentido de ser um acontecimento que não pode em abstrato ser excluído, a verdade é que esta pandemia (Covid-19) não era previsível, muito menos se poderia antecipar o impacto que ela teria nas relações sociais. Para além de imprevisível, a dimensão das suas consequências é de tal forma excecional que nunca o requisito da anormalidade deixará de estar preenchido relativamente às relações obrigacionais constituídas antes de a pandemia ser conhecida”. (FONSECA, Ana Taveira da. *Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato*. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 29).

³⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e a excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYEN, Fernando (coord.). *Impactos econômicos da covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 75-76. Diz a autora: “[...] Como tem sido apontado nos mais diversos quadrantes, a pandemia causada pela Covid-19 é incomparável, por suas próprias características, com outras crises registradas pela História, sejam guerras, outras epidemias ou fenômenos de ordem econômica como a crise de crédito do ano de 2008. A altíssima transmissibilidade da doença, que nos Estados Unidos, por exemplo, já causou mais mortes que a guerra do Vietnã e as medidas de ordem pública adotadas pelos governos na tentativa de minimizar os seus drásticos efeitos, levam não apenas a uma crise no crédito, mas a uma verdadeira disrupção no sistema produtivo mundial, provocando reações em cadeia que vêm atingir diretamente os contratos. Acresce aos seus males, em si mesmo considerados, o caráter de *disrupção sistêmica* que atinge a teia de relações econômicas em todo o seu ciclo: produção, intermediação, crédito, consumo”.

³⁴¹ Karina Nunes Fritz, a seu turno, afirma que “[...] a pandemia constitui evento anormal e extraordinário que provocou profundas alterações nas circunstâncias socioeconômicas existentes ao tempo da celebração e massivas consequências negativas sobre a execução de muitos contratos. [...] A situação provocada pela pandemia é diferente, porque a extrema dificuldade de prestar decorre de fato extraordinário, imprevisível e alheio à esfera de risco e responsabilidade do contratante, i.e., do fato de que as pessoas (físicas e jurídicas) tiveram que reduzir ou paralisar suas atividades econômicas para conter o avanço do vírus, por ordem do Poder Público, o que justifica a revisão”. (FRITZ, Karina Nunes. *A revisão contratual e a quebra da base do negócio*. *Migalhas*. Publicado em 17/12/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/88a3be2236290e_migalhas_basedonegocio.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

³⁴² LOUREIRO, Francisco Eduardo. Incorporação imobiliária e contrato de compromisso de compra e venda em tempos de pandemia da COVID-19. In: Malfatti, Alexandre David; Garcia, Paulo Henrique Ribeiro; Shimura, Sérgio Seiji (coord.). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 521.

[...] a pandemia da Covid-19 não é abstratamente causa extintiva dos contratos, muito menos leva necessariamente à revisão das prestações devidas pelos contratantes. Não há salvo-conduto geral e *a priori* dos devedores. Insuficiente a alegação do fato notório da pandemia e genericamente a dificuldade ou impossibilidade de cumprimento da prestação para dela se livrar, ou obter redução ou mudança no tempo e modo de cumprimento.

Caso as partes expressamente acordarem que uma pandemia não poderá ser reputada como fato extraordinário para o pleito revisional, significa que resolveram incluir esse fato como risco próprio do negócio. Também é defensora dessa tese Ana Taveira da Fonseca³⁴³ ao afirmar que “[...] não pode, contudo, excluir-se a possibilidade de as partes terem assumido contratualmente riscos extraordinários ou atípicos. Pode, por exemplo, concluir-se que o credor se obrigou contratualmente a prestar, mesmo que o devedor esteja, por força da pandemia, impedido de prestar”.

Ainda que ocorram situações ao longo da execução do contrato que possam trazer prejuízos a uma das partes ou não tenham propiciado o esperado lucro, a avença não deverá

³⁴³ FONSECA, Ana Taveira da. Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 31.

ser revista se os fatos poderiam ser qualificados como previsíveis ou inseridos nos riscos próprios do contrato³⁴⁴. Como bem ressaltado por Ana Prata³⁴⁵

[...] exige-se que a alteração e suas consequências gravosas não se incluam nos ‘riscos próprios do negócio’. A maior parte dos contratos (mais frequente e evidente, mas não necessária nem privativamente, nos contratos de execução duradoura) comporta uma álea que as partes conhecem e aceitaram aquando de sua conclusão. Se a alteração se inscrever nessa margem de risco que faz parte do contrato, como é bom de ver, ela é irrelevante para a sua manutenção.

Esse também é o entendimento de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva³⁴⁶:

É bem verdade que embora o silêncio da letra do Código Civil na referência à álea normal, por construção doutrinária e jurisprudencial, entende-se que a onerosidade é tida por excessiva quando ultrapassa a álea normal do contrato – já que o conceito de álea excessiva está vinculado aos riscos

³⁴⁴ Segundo Paulo Mota Pinto “O contrato é sempre um instrumento de afetação e domínio convencional do risco, pelo que existe, em certa medida, uma álea que é conatural a toda assunção de vinculações contratuais. E existem, também, contratos que aditam a tal álea normal a intencional assunção, pelas partes, de uma possibilidade de ganhar ou de perder, em consequência da alteração de circunstâncias. Tem, pois, sempre de ser tomada em conta a afetação do risco feita pelo contrato – por cláusulas específicas, pelo tipo de contrato escolhido, etc. – ou por normas legais – designadamente pelas normas relativas ao risco”. (PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *O contrato na gestão e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 82). Também a propósito da alteração de circunstâncias e aplicação do art. 437º do Código Civil português, Alberto de Sá e Mello afirma: “nós restringiríamos a aplicação do art. 437º, perante a evidência de uma alteração de circunstâncias anormal (como a súbita eclosão da pandemia COVID-19), aos casos pontuais em que o equilíbrio contratual se tenha alterado ou rompido com prejuízo manifesto de uma das partes, para quem a exigência de cumprimento do contrato nessas condições comporte danos obviamente causados por esse desequilíbrio que não seja legítimo exigir-se-lhe que suporte em face da normal distribuição do risco naquele tipo de contrato e perante as circunstâncias concretas da sua celebração. (MELLO, Alberto de Sá. Modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias, no contexto da pandemia COVID-19 (breve anotação ao regime da lei civil). *Revista jurídica JURISMAT*. Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes. Portimão. Novembro de 2020. p. 247-255). Carlos Eduardo Pianovski defende que o fato que autoriza a revisão não é apenas aquele que extrapola os riscos próprios do contrato, mas que também altere a economia do contrato. Nas palavras do autor: “[...] Não basta, para a revisão contratual, que o fato, em si mesmo, exceda consideravelmente os riscos normais do negócio (caráter extraordinário) e não seja passível de razoável antecipação pelos contratantes no momento da celebração da avença (imprevisibilidade), mas é necessário que os efeitos concretos do evento na economia do contrato também detenham essas características. A rigor, mais do que o fato em si, importa aferir o caráter extraordinário e imprevisível dos efeitos do fato sobre as esferas econômicas dos contratantes, e, notadamente, sobre o programa contratual”. (PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A força obrigatória dos contratos nos tempos de coronavírus. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 26/03/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322653/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁴⁵ PRATA, Ana *et al.* *Código Civil Anotado*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2017. p. 559.

³⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 215.

alocados no tipo contratual. A onerosidade é irrelevante se estiver dentro da álea normal do contrato, pois, nesse caso, estará na área de risco atribuída do devedor por força do contrato [...] A regra resolutiva tem por finalidade proteger o devedor, por meio da inserção, no sistema jurídico, da relevância econômica da prestação e distribuição do risco entre as partes, o que significa dizer que, se ultrapassada a álea normal – estabelecida pelo sinalagma ligado ao tipo ou convencionada pelas partes – o observado os demais requisitos legais, nasce o direito formativo extintivo.

Mas a avaliação dos riscos próprios do contrato para a resolução ou revisão não é posição uníssona na doutrina. Anderson Schreiber³⁴⁷, por exemplo, defende que “o conceito de álea normal do contrato acaba fundindo-se nas conceituações doutrinárias com a imprevisibilidade e extraordinariedade dos acontecimentos e, em última análise, com o próprio caráter excessivo da onerosidade que vem se abater, supervenientemente, sobre o contratante”.

Discordamos de Anderson Schreiber. Não há dúvidas a respeito das dificuldades envolvidas na interpretação dos riscos próprios do contrato. Mas também é verdade que os requisitos dos artigos 317 e 478, do Código Civil, também possuem interpretações variadas. A doutrina e jurisprudência provam tal fato. Justamente em razão da dificuldade interpretativa dos dispositivos, o recurso à verificação dos riscos próprios do contrato pode facilitar ao intérprete a análise ou não de fatos que permitiriam a resolução ou revisão do contrato.

Em defesa do tema objeto deste trabalho, ressaltamos a importância do estudo do risco na análise da revisão contratual. É exatamente a partir da análise dos riscos envolvidos no contrato objeto da avença e sua distribuição que o intérprete terá maior segurança para

³⁴⁷ Segundo Anderson Schreiber: “[...] Em resumo: a noção de álea normal do contrato mais prejudica do que auxilia na análise da excessiva onerosidade. Constrói-se ou, mais precisamente, importa-se uma noção jurídica que não foi empregada pelo legislador brasileiro, de caráter aberto e pouco objetivo, introduzindo-a em um exame já suficientemente fluido como é aquele relativo ao desequilíbrio contratual, sem que se identifique qual a contribuição concreta que o uso da referida noção pode oferecer. Nesse cenário, propõe-se seja dispensado o recurso à noção de álea normal do contrato no exame do equilíbrio contratual, pois a referida noção, além de não encontrar amparo na legislação brasileira, ainda não conta com desenvolvimento doutrinário capaz de evidenciar sua utilidade para o tema em análise” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 300).

saber se o alegado evento deve ser reputado fato imprevisível, permitindo a revisão ou a resolução do contrato³⁴⁸.

Assim, se os fatos alegados (que poderiam ensejar a revisão) puderem ser reputados como situações cuja cautela, precaução ou cálculo pudessem evitar ou, ainda, diminuir drasticamente as suas consequências, o contrato e suas prestações deverão se manter hígidos³⁴⁹. Ressalta, nesse sentido, José Oliveira de Ascensão³⁵⁰ que a “verificação dos riscos próprios do contrato não pode justificar a resolução ou revisão por onerosidade excessiva porque não é extraordinário o que está dentro dos riscos normais do contrato”.

A infinidade de relações contratuais e a criatividade das relações econômicas impede a criação de um seguro critério técnico-científico que permita verificar, em todos os casos, se determinado fato é (ou não) imprevisível, rompendo os limites dos riscos próprios do contrato, o que autorizaria a revisão do contrato. Há, contudo, balizas para isso, tal como verificado acima.

³⁴⁸ Como bem ressalta Mariana Fontes da Costa: “[...] O problema subjacente ao instituto da alteração superveniente das circunstâncias é, em essência, um problema de distribuição de riscos contratuais, que parte da interrogação acerca de quem deve suportar o risco da discrepância superveniente entre a mundividência assumida pelos contraentes na sua decisão de celebrar o contrato e a realidade efetivamente materializada. Em interrogação paradigmática, o instituto da alteração superveniente das circunstâncias afere quem suporta o risco da realidade”. Em complemento, a autora aduz que “[...] a concretização da fronteira, necessariamente casuística, entre os riscos próprios do contrato bilateralmente comercial e os riscos que o excedem tem de ser aferida através da interpretação da equação económica do contrato no seio do qual se haja materializado o risco, merecendo especial atenção a consideração dos riscos atribuídos por cláusula contratual e a distribuição de riscos por norma legal específica, bem como o tipo contratual, os usos comerciais e a motivação individual com reflexos na equação económica [...]” (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 373 e 384).

³⁴⁹ Ricardo Fornasari, ao tratar de resolução por onerosidade excessiva no direito civil italiano, ressalta, a propósito da pandemia decorrente do COVID-19, que nem todo e qualquer fato pode ensejar a resolução contratual, devendo o intérprete ter atenção à alocação de riscos construída pelas partes. Segundo o autor “[...] mesmo nos contratos aleatórios, se dá um juízo de equivalência, que insiste na possibilidade de obter certa vantagem; a aleatoriedade comporta uma distribuição diferente do risco no que diz respeito à incerteza sobre a ocorrência ou não de certos eventos ou sobre o valor da prestação, que, entretanto, não é ilimitada. É, portanto, em relação a esta distribuição de risco que se deve limitar a resolução por excessiva onerosidade e não em relação a qualquer evento que possa ocorrer, se este não se enquadrar na álea alocada pelos contratantes”. Tradução livre do original: “Infatti, anche nei contratti aleatori di dà un giudizio di equivalenza, che insiste sulla possibilità di conseguire un determinato vantaggio; l’aleatorietà comporta una diferente distribuzione del rischio rispetto all’incertezza circa il verificarsi o meno di determinati eventi o circa il valore della prestazione, che non è tuttavia illimitata. È quindi in relazione a tale distribuzione del rischio che deve essere limitata l’irrisolubilità per eccessiva onerosità e non in relazione ad ogni evento che possa accadere, qualora questo non rientri nell’alea allocata dai contraenti”. (FORNASARI, Riccardo. *Soppravvenienze e contratto dopo il COVID-19: problemi di contenuto e di método. Contratto e impresa. Anno XXXVI. n. 4. 2020. p. 1.671*).

³⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.

Assim, aos contratantes, sobretudo nas relações empresariais, presume-se que possuem estrutura técnica e jurídica para agirem com cautela, precaução e previsão. É natural que antes de se firmar qualquer contrato, espera-se dos empresários a realização de intensos estudos de viabilidade técnica e econômica do objeto envolvido no contrato, bem como a verificação dos riscos próprios do negócio jurídico.

É natural que, diante de um cenário com maiores riscos, os contratantes, ao longo das tratativas, incorram em custos de transação para realizarem estudos e investigações para obterem informações mais precisas sobre os riscos a que estarão sujeitos. A partir da verificação dos riscos próprios do negócio a que as partes estão sujeitas, a técnica de elaboração contratual procurará confeccionar um texto que fará a alocação de tais riscos, definindo as consequências jurídicas em caso de determinado fato vir a ocorrer.

Aliás, é comum em contratos administrativos que as partes indiquem qual é a “matriz de risco”, ou seja, cláusula contratual que aponta os principais riscos a que as partes estão sujeitas e a forma de alocação. Ademais, veremos brevemente que a matriz de risco foi expressamente acolhida na nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos 14.133/2.021.

Assim, nas relações civis e empresariais, a ausência de cautela dos contratantes que não realizam o necessário estudo técnico para aferição dos riscos próprios do contrato não é fundamento apto a permitir o pleito de revisão e/ou resolução do contrato. Trata-se, nesse caso, da assunção consentida do risco contratual. Quanto menor a experiência dos contratantes a respeito do objeto do contrato, maior a necessidade de investigação, análise e precaução³⁵¹.

A exemplo disso, em julgado que analisou relação civil decorrente de contrato agrícola, determinou-se que as partes não podem qualificar imprevisíveis eventos tais como seca, pragas ou estiagem, reputados como “risco inerente ao negócio”³⁵². Da mesma forma,

³⁵¹ Tal como nos ensina Fernando Araújo, “quando um sector produtivo é ainda jovem, os riscos de oportunismo, o desconhecimento recíproco das partes e a escassez de enquadramento consuetudinário reclamam naturalmente maior estruturação contratual, mas essa necessidade vai-se esbatendo com a evolução do sector, com a aprendizagem, com a sedimentação de normas sociais – o que também vai retirando importância aos ‘direitos de controle’ subsidiários e vai desdramatizando as hipóteses de integração vertical, especialmente à medida que se evidencie a flexibilidade e abertura das próprias opções de gestão das empresas.” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 387).

³⁵² Nesses termos: “[...] RESCISÃO DE CONTRATO. COMPRA E VENDA DE SAFRA DE SOJA. 1. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 2. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. RISCOS POR CONTA DO VENDEDOR. REVISÃO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PERÍODOS DE

a ferrugem asiática não foi considerada fato extraordinário ou imprevisível visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível o seu controle pelo agricultor³⁵³.

Em resumo. Quando tratamos da revisão dos contratos, é necessário que a intervenção judicial ocorra apenas quando fatos supervenientes e imprevisíveis impuserem prejuízos a um dos contratantes, para além dos riscos próprios do contrato³⁵⁴. Fosse permitida a revisão do contrato em razão da verificação de um fato que pudesse ser considerado risco próprio do contrato, a distribuição de riscos construída pela parte estaria

SECA OU ESTIAGEM NÃO SÃO CONSIDERADOS FATOS EXTRAORDINÁRIOS. PRECEDENTES. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 3. Quanto à aplicação da teoria da imprevisão, o entendimento a que chegou o Tribunal local, encontra-se alinhado com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, nos contratos agrícolas, o risco é inerente ao negócio, de forma que eventos como seca, pragas, ou estiagem, dentre outros, não são considerados fatores imprevisíveis ou extraordinários que autorizem a adoção da teoria da imprevisão. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 834.637/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, *DJe* 17/05/2016).

³⁵³ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. CONTRATO QUE TAMBÉM TRAZ BENEFÍCIO AO AGRICULTOR. FERRUGEM ASIÁTICA. DOENÇA QUE ACOMETE AS LAVOURAS DE SOJA DO BRASIL DESDE 2001, PASSÍVEL DE CONTROLE PELO AGRICULTOR. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA. IMPOSSIBILIDADE. OSCILAÇÃO DE PREÇO DA "COMMODITY". PREVISIBILIDADE NO PANORAMA CONTRATUAL. [...] 2. A "ferrugem asiática" na lavoura não é fato extraordinário e imprevisível, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível o seu controle pelo agricultor. Precedentes. 3. A resolução contratual pela onerosidade excessiva reclama superveniência de evento extraordinário, impossível às partes antever, não sendo suficientes alterações que se inserem nos riscos ordinários. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a sentença de improcedência. (REsp 945.166/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/02/2012, *DJe* 12/03/2012)

³⁵⁴ Como bem ressalta Paulo Mota Pinto, “[...] todo contrato obrigacional, enquanto contém um programa de cumprimento, constitui também um instrumento de repartição e domínio do risco. Estas contratam, além do mais, porque a transação se lhes afigura naquele momento favorável, ou porque calculam que o será no momento do cumprimento, e também, portanto, justamente porque querem controlar o risco de variação de diversos fatores, entre os momentos da celebração e do cumprimento do contrato [...] O instituto da alteração anormal das circunstâncias é, como resulta da lei, de aplicação subsidiária [...]”. (PINTO, Paulo Mota. *Direito Civil: Estudos*. Lisboa: Guestlegal, 2018. p. 490). Fernando Araújo, por sua vez, afirma que “a estruturação dos contratos denota que se trata antes de desenvolver esforços, fazer investimentos, iniciar condutas, na perspectiva de uma gratificação diferida – que está distante, arriscadamente distante, reclamando-se por isso das partes que actuem com base na representação dessa gratificação, confiando que ela se verificará. Essa representação reclama experiência e reclama racionalidade, nomeadamente no juízo sobre a esperança subjectiva dos vários desfechos contratuais possíveis, na deliberação de condutas simultaneamente adequadas aos objetivos contratuais e às expectativas da contraparte, na avaliação da conduta dessa contraparte, no doseamento do recurso a medidas de auto e de hetero-disciplina”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 305).

ameaçada e, conseqüentemente, a autonomia privada. Como bem referido por José de Oliveira Ascensão³⁵⁵, “a vida jurídica exige estabilidade”³⁵⁶.

Novamente concordando com Paulo Mota Pinto³⁵⁷, na circunstância em que as partes, no âmbito da autonomia privada, fazem a sua própria distribuição de riscos, a intervenção judicial incorreria em “desonerar do risco aquela parte que normalmente recebeu, como contrapartida de sua assunção, um prêmio de risco – isto é, conduziria a uma vantagem injustificada (um *windfall profit*)”. Assim, “cada parte no contrato tem de suportar só por si as conseqüências de eventuais perturbações nas suas motivações ou expectativas, ou de eventos que lhe são desfavoráveis”. Como bem referido por Antônio Pinto Monteiro³⁵⁸, “se alguém contratasse sem acautelar devidamente os seus interesses (e, por isso, em seu prejuízo), teria ainda assim a satisfação de ter sido *l’artisan de son propre malheur*”, ou seja, o criador de seu próprio infortúnio³⁵⁹.

Quando as partes assumem riscos que, posteriormente, são eliminados ou reduzidos por intervenção judicial, há quebra da base que orientou a formação do contrato porque, embora uma das partes os tenha assumido (muitas vezes em razão dos valores envolvidos, das vantagens ou concessões concedidas), tais riscos contratuais são abrandados por

³⁵⁵ “Seria impossível a vida jurídica se todos os negócios pudessem ser revistos, ao sabor das alterações da realidade subjacente, que incessantemente evolui. Mesmo que essas alterações sejam alterações extraordinárias. A vida jurídica exige estabilidade. Na progressão, nenhum sistema judiciário poderia suportar a avalanche de processos que surgiriam. Não é desejável a judicialização da vida corrente: só casos patológicos devem ser trazidos a juízo. A segurança jurídica impede que sobre todas as relações da vida pare a ameaça de apreciação judicial, por invocação de alteração de circunstâncias”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020).

³⁵⁶ Destaque-se, ainda, Rodoant, que afirmou que “a estabilidade das convenções é uma necessidade social e um princípio de bom senso; ela é também uma regra de justiça”. Trecho extraído do artigo de SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 03/04/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/8CF00E104BC035_covid.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

³⁵⁷ PINTO, Paulo Mota. *Direito Civil: Estudos*. Lisboa: Guestlegal, 2018. p. 492-493.

³⁵⁸ MONTEIRO, Antônio Pinto. O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 11.

³⁵⁹ Como bem destacou Luiz Gastão Paes de Barros Leães: “Resultando o agravamento da prestação de uma estratégia de negócio deliberadamente adotada pela parte devedora, não poderá esta alegar ter sido surpreendida por um acontecimento extraordinário para se escusar do adimplemento da obrigação. A estratégia, no caso, integra a parte do risco livremente assumido pela parte contratante, razão pela qual as conseqüências econômicas não decorrem de eventos extraordinários e imprevisíveis. Ou seja, ainda que a conjuntura econômica tenha tornado a prestação extremamente gravosa, nem por isso a estratégia sai da alea de risco conscientemente assumida pela devedora, não legitimando o recurso ao conceito de onerosidade excessiva”. (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 19).

intervenção judicial. Nesse caso, pode haver benefício conferido à parte contrária. O magistrado, portanto, enquanto observador externo do contrato, ao intervir no contrato, não pode simplesmente desconsiderar a matriz de risco que as partes construíram a partir das tratativas e, conseqüentemente, desfigurar a base contratual (no sentido jurídico e econômico) construída originariamente pelos contratantes, gerando desequilíbrio³⁶⁰. Nesse sentido, Antônio Menezes Cordeiro³⁶¹ nos ensina que

O sentido geral do sistema do risco, bastante harmonioso, é o seguinte: se o Direito atribui a um sujeito, através do esquema do direito subjectivo, uma vantagem, é justo que ocorra, contra ele, a possibilidade de dano superveniente casual. *Ubi commoda, ibi incommoda*. Qualquer alternativa, que consistiria fatalmente em colocar pessoas numa posição de desvantagem, sem que algum benefício as compensasse, iria provocar uma distorção exagerada e inexplicável na distribuição da riqueza.

Como bem referido por Aline de Miranda Valverde Terra³⁶², alterar o equilíbrio econômico original não significa reequilibrar o contrato, mas atribuir ao contrato equilíbrio diverso daquele expresso no contrato, subtraindo de uma das partes algumas utilidades econômicas esperadas com a celebração do contrato. Em outra oportunidade, Aline Terra e Paula Greco Bandeira³⁶³, afirmam que “em relações paritárias, em que não há assimetria de informações, a equação econômica estabelecida pelos contratantes por meio da alocação de riscos há de ser observada em toda a vida contratual”, justamente porque a repartição de riscos insere-se na causa concreta do contrato, exprimindo a racionalidade desejada pelos contratantes, o que impede ao intérprete refazer a valoração do risco já efetuada pela autonomia privada³⁶⁴.

³⁶⁰ A respeito da importância das tratativas na interpretação dos contratos, confira ZANCHIM, Kleber; ARAUJO, Paulo Dóron Rehder. Interpretação contratual: o problema e o processo. In: FERNANDES, Wanderlei (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 157-202.

³⁶¹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da alteração das circunstâncias*. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha. (S.N), Lisboa, 1989. p. 331.

³⁶² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 30.

³⁶³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 145-146.

³⁶⁴ Não é objetivo do presente trabalho adentrar na questão envolvendo a causa do contrato. Contudo, manifestamos nossa concordância com a assertiva que a repartição de riscos se insere efetivamente como um dos elementos da causa concreta do contrato. Na doutrina italiana, Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo criticam a doutrina italiana que pretende reputar a função econômico-social do contrato como a causa

Nesse diapasão, de forma a reafirmar a obrigatoriedade dos pactos, mais recentemente, resolveu o legislador sancionar a Lei 13.784/2019 (Lei de Liberdade Econômica) que reitera o que é conhecido por todos em matéria de contratos: o contrato obriga as partes nos seus próprios limites e os riscos assumidos pelos contratantes devem ser respeitados. Ao incluir o artigo 421-A no Código Civil, para determinar que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”, e que “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada” a Lei procura resgatar a ideia de respeito aos pactos, para que o juiz tenha menor interferência nos contratos³⁶⁵.

Como se nota, o estudo do risco próprio do contrato, aliado às balizas anteriormente defendidas, para nós, é instrumento relevante para a verificação dos requisitos que podem ensejar (ou não) a revisão contratual, com fundamento nos artigos 317 e 478, do Código Civil. Em recente artigo que tratou da revisão contratual à luz da pandemia Covid-19 no direito italiano, Benedetta Sirgiovanni³⁶⁶ asseverou que compete ao intérprete, antes de

contratual. Para os autores, outros elementos também devem ser utilizados para a busca da causa do contrato. Segundo os autores: “[...] toda uma literatura ensina que em relação do Código Civil e suas normas, a teoria da causa como função econômico-social do contrato resulta privilegiada na medida do necessário para verificar a conformidade das transações individuais a um resultado socialmente útil [...] Se as regras do Código identificam a causa do contrato com sua função econômico-social, a correspondência de interesses (às vezes não expresso nas mesmas cláusulas do negócio, e em qualquer caso) desvinculado da série de expectativas protegidas pela negociação tipo, mas ainda juridicamente apreciável como "pressuposto da vontade que transcende a esfera dos motivos internos" indica claramente que a 'causa' e função típica do contrato não esgota sua razão justificativa, representando apenas um elemento dele ao lado de outros”. No original: “[...] una intera letteratura insegna che nella relazione al Codice Civile e nelle sue norme la teoria della causa come funzione economico-sociale del contratto risulta privilegiata nella misura necessaria per controllare la conformità dei singoli negozi ad un risultato socialmente utile [...] Se le norme del Codice identificano la causa del contratto con la sua funzione economico-sociale, il riscontro di interessi (talvolta inespressi nelle stesse clausole del negozio, e comunque) estranei alla serie delle aspettative tutelate dal tipo negoziale, ma pur sempre giuridicamente apprezzabili come "pressuposto della volontà che transcende la sfera dei motivi interni" indica infatti con chiarezza che 'causa' e funzione tipica del contratto non ne esauriscono la ragione giustificativa, rappresentando di essa soltanto un elemento accanto ad altri”. (ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982. p. 70-71).

³⁶⁵ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

³⁶⁶ “Le parti nell’esercizio della própria autonomia privata possono aver previsto nel regolamento contrattuale le conseguenze in casi di eventi straordinari e imprevedibili, inserendo delle clausole contrattuali all’interno dei contratti stipulati prima dell’insorgenza della emergenza sanitaria. In particolare, possono aver usato una espressione ampia prevenendo le conseguenze in casi di eventi straordinari e imprevedibili al momento della stipulazione del contratto seguita o meno da un elenco esemplificativo di cause oppure possono aver indicato espressamente le cause che le parti considerano al momento della stipulazione del contratto imprevedibili e straordinarie. Pertanto, innanzitutto, l’interprete dovrà attribuire un significato alla stessa avvalendosi dei criteri ermeneutici alla luce dell’interno regolamento contrattuale. (...) In particolare, bem potrebbero le parti aver previsto nel regolamento contrattuale una causa di esclusione della risoluzione e aver indicato una procedura volta alla continuazione del rapporto. Potrebbero, per esempio, aver inserito nel contratto una clausola di

aplicar o artigo 1.467 do Código Civil italiano (de modo a resolver o contrato por onerosidade excessiva), verificar se as partes não previram no regulamento do contrato as consequências para tais fatos e, ainda, se os contratantes não elencaram quais circunstâncias seriam efetivamente caracterizadas como extraordinárias. É necessário, portanto, ainda que a situação seja de extraordinariedade, verificar o regulamento próprio do contrato, tal como querido pelas partes³⁶⁷.

No mesmo sentido, Menezes Cordeiro³⁶⁸ assevera que se as partes previram no contrato o tratamento para a situação da alteração das circunstâncias, está-se diante do domínio da autonomia privada e, portanto, nem existirá a aplicação do artigo 437º, do Código Civil português. Diogo Pereira Duarte³⁶⁹, no mesmo sentir, informa que não se

rinegoziazione e, in mancanza di raggiungimento del nuovo accordo, l'impegno dell parti a diferire le questioni conflittuali pendenti ad un collegio di esperti". Tradução livre: "As partes no exercício da própria autonomia privada podem ter previsto no regulamento contratual as consequências em casos de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, inserindo cláusulas contratuais nos contratos estipulados antes do início da emergência sanitária. Em particular, podem ter utilizado uma expressão ampla, prevendo as consequências em casos de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis no momento da estipulação do contrato, acompanhados ou não de um elenco exemplificativo das causas que as partes consideram, no momento da estipulação do contrato, imprevisíveis e extraordinárias. Portanto, em primeiro lugar, o intérprete deverá atribuir-lhe um sentido, valendo-se dos critérios hermenêuticos à luz do regulamento interno contratual. (...) Em particular, as partes podem ter previsto no regulamento contratual uma causa para exclusão da resolução e ter indicado um procedimento visando a continuidade da relação. Por exemplo, elas podem ter incluído uma cláusula de renegociação no contrato e, na ausência de um novo acordo, o compromisso das partes de encaminhar as questões de conflito pendentes a um painel de especialistas". (SIRGIOVANNI, Benedetta. *Revisione del contratto al tempo del COVID-19. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obbligazioni*. Ano CXIX, 2020. n. 1. p. 78).

³⁶⁷ No mesmo sentido, Francesco Delfini assevera que Tradução: "[...] Poderá ser alocado convencionalmente o risco de determinados eventos - ou melhor, o risco do desequilíbrio contratual causado por determinados eventos pode, convencionalmente, ser alocado: neste caso, uma vez ocorridos, o contrato não pode ser resolvido, a depender da extensão do o desequilíbrio ocorrido, porque não estará integrado o primeiro dos requisitos estabelecidos pelo art. 1467, a imprevisibilidade dos eventos ocasionados pelo desequilíbrio, eventos em tese considerados apontados na alocação do risco estabelecido pelas partes. No original: "Potrà convenzionalmente esser allocato in capo ad uno dei contraenti il rischio di determinati eventi - o meglio, il rischio dello squilibrio contrattuale cagionato da determinati eventi: in tale caso, verificatisi i medesimi, il contratto no potrà essere risolto, a prescindere dalla misura dello squilibrio sopravvenuto, perché non sarà integrato il primo dei requisiti posti dall'art. 1467, la imprevedibilità degli avvenimenti causati dello squilibrio, eventi in tesi considerati appunto nella allocazione pattizia del rischio del loro verificarsi". (DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 220).

³⁶⁸ "[...] A presença de tais cláusulas é de aplaudir. Estamos perante um domínio da autonomia privada. A saída mais evidente para qualquer eventualidade superveniente é o recurso à vontade normativamente relevante das partes. De resto e em bom vigor: havendo cláusula explícita de adaptação, nem existirá, já, um tema de alteração de circunstâncias. Apenas deparamos com um contrato dinâmico, previsto para se aplicar ao longo do tempo e devidamente apetrechado para o efeito". (MENEZES CORDEIRO, António. A crise e a alteração de circunstâncias. *Revista de Direito Civil*. Ano 1 (2016), n. 1. p. 58).

³⁶⁹ Segundo o autor "[...] havendo afetação do risco, *ex contractu*, não se justificará, em princípio, a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, a não ser na medida em que o risco implicado na alteração das circunstâncias ultrapasse o que se pode chamar de 'risco normal', o que reclama uma ponderação casuística entre a solução contratual e o impacto da alteração das circunstâncias. Em termos econômicos a justificação para a supletividade do regime legal da alteração das circunstâncias perante a repartição do risco decorrente do contrato resulta de a assunção do risco *ex contractu* surgir, tipicamente, associada a uma especial retribuição, ou contrapartida, a tanto destinadas, motivo pelo qual não se pode considerar que a concretização do risco pela

aplicará o instituto da alteração das circunstâncias em caso de as partes terem afetado tal risco ao contrato, somente podendo se falar de sua aplicação quando se ultrapassa o que intitulou ‘risco normal’ do contrato. Pedro Romano Martinez³⁷⁰, no mesmo sentido, também cuida da avaliação dos riscos próprio do contrato para a situação de resolução fundada em alteração das circunstâncias.

Embora a doutrina brasileira procure muitas vezes desmistificar os requisitos para a revisão contratual a partir de teorias clássicas revisionistas de origem estrangeira, com destaque especial à teoria da base objetiva (que embora não tenha sido expressamente acolhida no Código Civil brasileiro, possui muito prestígio da doutrina brasileira³⁷¹), o recurso à investigação dos riscos próprios do contrato para a revisão contratual pode ser instrumento mais efetivo, eficiente e adequado ao nosso sistema jurídico³⁷².

alteração das circunstâncias tenha prejudicado a justiça interna do contrato”. (DUARTE, Diogo Pereira. A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias a propósito dos *swaps*. *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra. Ano 7. n. 1 (2015). p. 226).

³⁷⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 152. Nas palavras do autor: “[...] do n. 1º do art. 437 do CC resulta ainda ser necessário que a situação não se encontre abrangida pelos riscos do próprio contrato. A alteração das circunstâncias não será tida em conta quando se inclui na álea do próprio contrato; ou seja, se as modificações operadas resultam de flutuações que se integram no risco negocial. A questão tem de ser ponderada na situação contratual em análise, mas, em qualquer caso, a quebra do equilíbrio não está condicionada pela natureza aleatória do contrato, sendo, porém, necessário que, não obstante a álea ajustada, tenha sido posta em causa a relação sinalagmática”.

³⁷¹ Karina Nunes Fritz, inclusive, assevera que a teoria está, sim, contemplada no artigo 317, do Código Civil e que o legislador brasileiro a teria recepcionado “[...] por meio da boa-fé objetiva do artigo 422 do CC2002, tal como ocorreu na Alemanha. Não há dúvidas, portanto, que a boa-fé objetiva é o fundamento da teoria da base do negócio, porque não há boa-fé nos contratos desequilibrados”. (FRITZ, Karina Nunes. A revisão contratual e a quebra da base do negócio. *Migalhas*. Publicado em 17/12/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/88a3be2236290e_migalhas_basedonegocio.pdf. Acesso em: 04 maio. 2021. Ainda a respeito do acolhimento da teoria da base objetiva pelo Código Civil, vide: SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas. Coluna Migalhas Contratuais*. Publicado em 03/04/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/8CF00E104BC035_covid.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020. É bom ressaltar que teoria da base do negócio não passou incólume de críticas pela doutrina portuguesa. Catarina Monteiro Pires, a seu turno, assevera a dificuldade de uma definição da base do negócio. Segundo a autora “[...] no fundo, a base do negócio não parece ser mais do que um projeto de justiça heterônomo em relação à vontade real ou hipotética das partes, mas que não é indiferente a esta mesma vontade, enquanto expressão da liberdade do indivíduo, porque é, afinal, no livre desenvolvimento desta que reside o fundamento último do direito civil”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 419-420). Na doutrina italiana, no mesmo sentido, Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo também apresentam suas críticas à referida teoria. ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982. p. 79.

³⁷² Como bem referido por Rodrigo da Guia Silva “[...] a alocação (positiva ou negativa) de riscos pelas partes passa a integrar o conteúdo do complexo programa contratual de interesses a ser promovido, tanto quanto possível, pelo princípio do equilíbrio contratual. Desse modo, eventual materialização dos riscos assumidos por qualquer das partes não justifica a atuação interventiva do julgador, por se estar diante de circunstância superveniente efetivamente conforme ao equilíbrio entabulado pelos figurantes por ocasião da formação do vínculo contratual. Em suma, os riscos assumidos pelas partes são ‘integrantes do equilíbrio contratualmente estabelecido em concreto’, o que há de ser respeitado na generalidade das relações jurídicas (inclusive nas consumeristas, por exemplo), desde que preliminarmente aferida a legitimidade da concreta alocação de riscos”. SILVA, Rodrigo da Guia. Um novo olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual: o problema das

Fazemos referências a legislações estrangeiras que expressamente acolhem a ideia de avaliação dos riscos próprios do negócio jurídico para a hipótese de revisão contratual. É assim, por exemplo, na parte final do já referido artigo 437º Código Civil português, que admite a resolução ou modificação do contrato desde que o fato imprevisível “afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos *riscos próprios do contrato*”³⁷³. A avaliação do risco próprio do contrato é tão relevante que, na doutrina portuguesa, Ana Taveira da Fonseca³⁷⁴ defende que “o regime da alteração das circunstâncias é *subsidiário* relativamente às regras de repartição do risco tenham elas uma fonte negocial ou legal”, mesma tese asseverada por Patrícia da Guia Pereira³⁷⁵ e Menezes Cordeiro³⁷⁶.

Diplomas legais recentemente editados ou reformados também fazem referência expressa ao risco para a revisão contratual. O recém-editado Código Civil argentino, nos termos do já referido artigo 1.091, por exemplo, permite a revisão contratual se a alteração extraordinária e superveniente for “alheia ao controle das partes e ao risco por elas

vicissitudes supervenientes em perspectiva civil-constitucional. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano 10, n. 3. 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/781/587>. Data de acesso: 21.12.2021. p. 27-28.

³⁷³ Para Catarina Monteiro Pires, a referência dos riscos do negócio estabelecida no art. 437º, do Código Civil português, “reforça a concessão à autonomia privada, enquanto permissão genérica de actuação jurígena, tornando indispensável a prévia interpretação do contrato, tendo em vista a determinação de seu plano de risco”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 420).

³⁷⁴ Ainda segundo a autora, “[...] entendemos que o essencial não está em saber se o evento que funda a alteração das circunstâncias é anormal no sentido de imprevisível, mas de perceber se, nos riscos próprios do contrato, estão abrangidos riscos extraordinários porque socialmente atípicos. As partes quando se vinculam e não afastam as regras legais de repartição de risco assumem, em regra, riscos típicos, não riscos atípicos. Estes últimos caracterizam-se sobretudo pelo seu caráter excecional”. (FONSECA, Ana Taveira da. *Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato*. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 33).

³⁷⁵ PEREIRA, Patrícia da Guia. Cláusulas contratuais gerais abusivas e distribuição de risco. *Revista Sub Judice - Justiça e Sociedade*. Junho de 2007. p. 98. “[...] Havendo estipulação contratual quanto aos riscos assumidos por cada uma das partes, então estes deverão ser considerados riscos próprios do contrato, estando consequentemente afastada quanto a eles a aplicação da solução prevista pelo art. 437º. É o próprio preceito que determina esta exclusão, estabelecendo que poderá haver lugar à constituição da parte lesada num direito de resolução ou modificação do contrato, desde que a exigência das obrigações assumidas não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. [...] Assim, os riscos próprios funcionam como requisito negativo do instituto da alteração das circunstâncias, obstando ao direito de resolução ou modificação do contrato. Onde existirem riscos próprios do contrato não haverá alteração das circunstâncias. Tal explica-se pelo facto de o próprio instituto da alteração das circunstâncias ter como *ratio* a disciplina da situação de uma superveniente onerosidade excessiva da prestação para uma das partes, a qual, dado o seu caráter de anormalidade, as partes não previram”.

³⁷⁶ Segundo o autor “[...] ao referir os riscos próprios do contrato, a lei não foi repetir-se: antes ressaltou as regras aplicáveis sobre o risco, dando, perante elas, natureza supletiva à própria alteração das circunstâncias [...] o próprio artigo 437º/1 do Código Civil, de acordo com uma natureza comum aos preceitos obrigacionais, tem natureza supletiva, intervindo, apenas, quando as partes não tenham acordado num regime alternativo”. (MENEZES CORDEIRO, António. *A crise e a alteração de circunstâncias*. *Revista de Direito Civil*. Ano 1 (2016), n. 1. p. 21-22).

assumido”. O Código Civil francês³⁷⁷, reformado há pouco, admite a possibilidade de adaptação ou resolução “se uma mudança imprevisível nas circunstâncias da celebração do contrato tornar a execução excessivamente onerosa para uma parte que não concordou em assumir o risco [...]”. No sistema alemão, o § 313 do BGB, reformado no início do século, além de expressamente acolher a teoria da base objetiva do negócio jurídico, também faz referência à repartição de riscos para avaliação da revisão³⁷⁸:

[...] Quando as circunstâncias que constituíram a base do negócio se houverem alterado gravemente depois da conclusão deste, e se as partes não o tivessem concluído ou o tivessem concluído com outro conteúdo caso tivessem previsto essa alteração, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a repartição contratual ou legal do risco, não seja exigível a uma das partes a vinculação ao contrato inalterado³⁷⁹.

³⁷⁷ “Article 1195: Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe”. Tradução livre: “Artigo 1.195. Se uma mudança imprevisível nas circunstâncias da celebração do contrato tornar a execução excessivamente onerosa para uma parte que não concordou em assumir o risco, esta pode solicitar a renegociação do contrato à contraparte. A parte continuará cumprindo suas obrigações durante a renegociação. Em caso de recusa ou descumprimento da renegociação, as partes podem acordar a resolução do contrato, na data e nas condições que determinarem, ou de comum acordo, solicitar ao juiz que proceda à sua adaptação. Na falta de acordo num prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, rever o contrato ou rescindi-lo, na data e nas condições por ele fixadas”.

³⁷⁸ A tradução do dispositivo é de Dário Moura Vicente (VICENTE, Dário Moura. A crise económica mundial e os contratos internacionais. *Revista de Direito Civil da Ordem dos Advogados de Portugal*. Ano 2. N. 3 (2017). p. 608). Também é possível conferir outra tradução em PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 33. No original:“(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung“. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_313.html. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁷⁹ No âmbito do direito espanhol, a “Proposta de Modernização do Direito das Obrigações e Contratos” consagra o artigo 1213 que, por sua vez, determina que se as circunstâncias que serviram de base ao contrato forem alteradas de forma extraordinária e imprevisível, poderá haver a revisão desde que “atendidas as circunstâncias do caso e especialmente a *distribuição contratual ou legal dos riscos*”, em leitura muito próxima do § 313, do BGB. “Art. 1.213: Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieron cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente

No Brasil, além da já recente alteração legislativa (artigo 421-A, incisos II e III), enunciados do Conselho da Justiça Federal também fazem menção ao risco contratual. Dois enunciados que tratam da revisão por onerosidade excessiva fazem alusão ao risco contratual:

Enunciado 366 (IV Jornada de Direito Civil): O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

Enunciado 439 (V Jornada de Direito Civil): A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato³⁸⁰.

Na literatura brasileira, Karina Nunes Fritz³⁸¹ faz referências expressas à análise dos riscos como requisito para a revisão do contrato, o que demonstra que a doutrina nacional também pode acolher esse recurso integrativo como melhor forma para a revisão contratual.

Também é relevante destacar, tal como adiantado anteriormente, que muito recentemente foi editada a Lei 14.133/2021, que trata das licitações e contratos administrativos³⁸². Embora a lei seja aplicada para regular a contratação pública, ela traz

exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”. Tradução livre: “Art. 1.213: Se as circunstâncias que serviram de base para a base do contrato forem alteradas de forma extraordinária e imprevisível durante sua execução de forma que esta se tornou excessivamente onerosa para uma das partes ou tenha sido frustrado o fim do contrato, o contratante que, atendidas as circunstâncias do caso e especialmente a distribuição contratual ou legal dos riscos, não é razoavelmente exigível permanecer sujeito ao contrato e poderá reclamar a sua revisão, e se não for possível ou não puder ser imposta uma das partes poderá pedir sua resolução. A pretensão para resolução só caberá quando não for possível obter proposta ou propostas oferecidas para cada uma das partes uma solução que restaure a reciprocidade de interesses do contrato”.

³⁸⁰ O teor desse enunciado é idêntico ao enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial.

³⁸¹ Segundo a autora: “Sintetizando, pode-se dizer que a revisão contratual pressupõe uma profunda e anormal alteração das circunstâncias do negócio, não reconduzível à esfera de risco das partes, que torne irrazoável – à luz da boa-fé objetiva – a execução do contrato, tal como inicialmente pactuado ou frustre o fim último do negócio”. (FRITZ, Karina Nunes. A revisão contratual e a quebra da base do negócio. *Migalhas*. Publicado em 17/12/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/88a3be2236290e_migalhas_basedonegocio.pdf. Acesso em: 04 maio 2021).

³⁸² É importante a ressalva que os riscos contratuais e a álea contratual são distintos em contratos privados e públicos. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro “[...] nos contratos entre particulares, nem sempre a equivalência material corresponde à equivalência subjetiva, sendo comum esta prevalecer sobre aquela. A tanto autoriza o princípio da autonomia da vontade. Estabelecida essa equivalência no momento em que se firme o

questões contratuais interessantes a serem discutidas no âmbito privado. Nas definições da Lei, considera-se “matriz de riscos”:

Art. 6º, XXVII “[...] cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia.

contrato, ela só poderá ser alterada por novo acordo entre as partes. Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração Pública, não existe a mesma autonomia da vontade do lado material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão de obra especializada, a complexidade da execução, etc. O próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução. Tudo isso faz com que o equilíbrio do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico; ele pode romper-se mais facilmente do que no direito privado. É por causa desses elementos de insegurança que se elaborou toda uma teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo”. Assim, aponta a autora que “além da força maior, apontam-se três áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração”: (i) álea ordinária ou empresarial; (ii) álea administrativa e (iii) álea econômica. Vide mais em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 280 e seguintes.

A lei ainda impõe a necessidade de o edital *obrigatoriamente* contemplar matriz de alocação de riscos quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada (art. 22, § 3º).

A nova Lei de Licitações também estabelece a possibilidade de o contrato “identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados” (art. 103, *caput*).

Além disso, a Lei também estabelece que a matriz de alocação de riscos “definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes” (art. 103, § 4º). Determina, também, que “sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos”, embora com algumas exceções (art. 103, § 5º)³⁸³.

Como se nota, a matriz de riscos, comumente utilizada em contratos administrativos, torna-se um efetivo e relevante instrumento para que as partes façam a alocação dos principais riscos contratuais, podendo indicar qual dos contraentes assumirá determinado risco ou, a depender do tipo de risco, se haverá compartilhamento de suas consequências.

³⁸³ Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o **caput** deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do [inciso I do caput do art. 124 desta Lei](#);

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

Além disso, a matriz de riscos confere balizas mais claras e objetivas para identificar os fatos supervenientes que poderiam ensejar a revisão do contrato por onerosidade excessiva³⁸⁴.

Embora a Lei 14.133/2021 seja aplicada aos contratos administrativos, nada obsta que tais fundamentos, caso os contratantes assim o entendam, sejam aplicados para o direito privado. Sendo definidos os riscos próprios do contrato pelos próprios contratantes, a tarefa do intérprete será extremamente facilitada. Além disso, o estabelecimento de uma matriz de risco facilita a observância de quem deve responder pelos riscos contratuais indicados no contrato.

³⁸⁴ Segundo Mariana Campos, Fernanda Coelho e Gabriel Follador “Assim, a previsão da matriz de riscos como cláusula contratual proporciona efeitos benéficos internos e externos ao contrato. Isso porque a matriz contorna situações de insegurança, gerando um cenário favorável para ambas as partes: 1) ao ente particular, que terá maior garantia do retorno dos seus investimentos em um ambiente economicamente equilibrado; e, ao mesmo tempo, 2) à Administração Pública, que assegurará a continuidade da prestação de serviços públicos, de abastecimento e de desenvolvimento de projetos relevantes para o desenvolvimento nacional [...] Evidentemente, a matriz de riscos não é capaz de prever todo e qualquer evento que cause alguma forma de desequilíbrio na relação contratual, mas possui um importante papel de proporcionar maior previsibilidade às relações contratuais, determinando de antemão qual parte é responsável por arcar com o risco, o que garante uma rápida e eficiente solução para eventual problema. Acredita-se que a matriz de riscos possivelmente diminuirá a incidência de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro e sua litigiosidade. (CAMPOS, Mariana; COELHO, Fernanda; FOLLADOR, Gabriel. Matriz de riscos na nova Lei de Licitações pode dar previsibilidade às contratações. *Conjur*. Publicado em 23/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/opinio-matriz-riscos-lei-licitacoes>. Acesso em: 20 jul. 2021).

1.6 Incompletude, risco contratual e *contract design*

Quando da elaboração de um contrato, é possível que as partes estejam diante de um negócio jurídico corriqueiro, em que os contratantes conhecem, com certa segurança, os riscos contratuais envolvidos, sobretudo quando o objeto do contrato é habitual. É o caso, por exemplo, de duas empresas que, há mais de vinte anos, realizam a compra e venda de um determinado insumo para utilização na indústria da construção civil.

Nesse caso, ao longo dos mais de vinte anos de trocas comerciais, é provável que o contrato tenha sofrido alguns ajustes, de forma a adaptá-lo em razão de alguns fatos e circunstâncias ocorridos durante o período de cumprimento contratual. Para esse caso, portanto, podemos dizer que os contratantes, porque já conhecem com profundidade o objeto do contrato e os principais riscos envolvidos, estão diante de um ambiente relativamente previsível.

Por outro lado, imaginemos outro cenário, onde contratantes que se conhecem há pouco tempo pretendam, ao longo dos próximos trinta anos³⁸⁵, firmar contrato para a construção de grande obra de infraestrutura (megaprojeto), em local ermo e isolado, sendo que o construtor irá empregar tecnologia recém-concebida. Nesse caso, não há dúvidas de que as partes estão sujeitas a maiores riscos e incertezas³⁸⁶.

A partir da verificação dos principais riscos a que as partes estão sujeitas, a técnica de elaboração contratual procurará redigir um texto que cuidará da alocação de riscos e

³⁸⁵ Fernando Araújo assevera os riscos envolvidos nos contratos de longa duração. Segundo o autor, “[...] quanto mais longa a relação contratual maior a probabilidade de ocorrer uma não-simultaneidade das prestações estipuladas no contrato, e essa não simultaneidade é que abre espaço à eclosão de dois dos principais problemas com que se defronta a disciplina contratual: a do oportunismo e o da alteração das circunstâncias”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 385-386).

³⁸⁶ Nesse sentido, advertiu Kleber Zanchim: Se o incerto paira sobre a singeleza de nossas ocupações de curto prazo, que dirá sobre ‘megaprojetos’ como os orquestrados por PPPs? Trata-se de empreendimentos ‘fora de série’ (*outliers*), ou seja, que estão à margem da experiência diuturna e fogem das regras convencionais. Cada ‘megaprojeto’ é único e não gera referências que possam ser generalizadas para iniciativas futuras [...] Nos megaprojetos, não conseguimos aprender com empreendimentos anteriores porque ‘o sistema de elementos’ é extremamente vasto e de difícil compreensão. Além disso, com o passar dos anos, a complexidade aumenta, haja vista a introdução de novas tecnologias, novos interesses, novos desafios, etc. Nos megaprojetos, há agentes de diversos países, o que introduz áleas cambiais, políticas e regulatórias. Sua área de influência é extensa – às vezes supranacional –, o que agrega impactos ambientais. Seu prazo é longo, o que traz complicadores de ordem inflacionária e de juros. Seus elementos tecnológicos são inovadores, o que aumenta a sujeição a fatores imponderáveis. Seus investimentos são maciços, o que os expõe a oscilações orçamentárias e, no limite, a variações macroeconômicas como crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). (ZANCHIM, Kleber. *Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 66).

definirá as consequências jurídicas em caso de determinados fatos e circunstâncias previsíveis.

Naturalmente, a busca de todos os possíveis riscos envolvidos no contrato demandará uma série de investigações. Contudo, a obtenção de tais informações tem um custo. Segundo a doutrina brasileira são os custos de motivação, que fazem parte dos custos de transação³⁸⁷. Como bem ressaltado por Fernando Araújo³⁸⁸, a elaboração e a execução de um contrato tendem a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir. É evidente que, sob o prisma jurídico, é desejável às partes firmarem, sempre, contratos mais completos³⁸⁹. Nesse sentido, de forma a tornar mais completo o clausulado, cite-se a cláusula de matriz de risco já apontada anteriormente, em que os contratantes definirão os principais riscos e sua forma de alocação.

Ainda que seja desejável às partes firmarem contratos completos, em diversas situações, é possível que os contratantes verifiquem que o custo para a obtenção de determinada informação supera as expectativas de ganhos no contrato. Nesse caso, as partes entendem que os custos de investigação dos riscos envolvidos (chamados *front-end costs* pela doutrina americana³⁹⁰) são elevados e preferem tornar o contrato, naquele ponto de incerteza, incompleto, de modo que, em caso de litígio, as partes prefiram incorrer em

³⁸⁷ Segundo Paula Forgioni, “[...] classificam-se os custos de transação em *ex ante* e *ex post*, conforme ocorram antes ou após a celebração do negócio. Há custos de transação referentes à coordenação (*coordination costs*) e aqueles relacionados à motivação (*motivation costs*). Os primeiros são os gastos próprios às negociações, incluindo a definição de suas condições (preço, prazo, época de entrega, etc) e mesmo à busca de parceiros comerciais. Os custos de motivação podem ser apartados em dois principais tipos: (i) aqueles ligados à assimetria e à falta de completude da informação, quando as partes não conhecem todos os dados relevantes e necessários sobre a outra e sobre o negócio e (ii) aqueles inerentes ao possível prejuízo decorrente do comportamento oportunista da outra”. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 142-143). Segundo Fernando Araújo, os custos de transação têm três causas (i) custos de redação do clausulado (custos de complexidade); (ii) custos de disciplina contratual e (iii) contingências imprevistas. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 198).

³⁸⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 149.

³⁸⁹ Até porque, segundo Fernando Araújo, “[...] a ideia básica de contrato é a promoção, em estabilidade, de um programa combinado de condutas, e que essa estabilidade constitui, por ela mesma, um incentivo: isso recomenda que os contratos sejam o mais completos possível, por forma a evitar-se as ‘clareiras’ dentro das quais se manifestam o oportunismo e os efeitos da assimetria informativa potenciados por ambientes dominados pela heterogeneidade dos sujeitos e pelo caráter privado das preferências não reveladas, e eventualmente perpetuados por equilíbrios instáveis que favoreçam a generalização, tanto do oportunismo como dos efeitos da assimetria informativa”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 185).

³⁹⁰ ‘Front-end costs’ seriam os custos a que os contratantes incorrem para antecipar contingências e litígios futuros, ou seja, as investigações a respeito do objeto do contrato, de forma a tornar o texto do contrato mais completo, reduzindo as chances de um litígio futuro. Ver mais em: SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserv Law Review*. Vol. 56. 2005. p. 190 e seguintes.

possíveis e futuros custos para a discussão e resolução do conflito (chamados, pela doutrina americana, de *back end costs of enforcing contracts*³⁹¹).

Segundo Robert Scott e George Triantis, ao longo das tratativas, as partes acabam optando entre os custos de *front end* e *back end* comparando as vantagens que a informação pode ou não ter ao tempo de contratar *versus* os eventuais custos em futuro litígio³⁹².

Não é simples o exercício de os contratantes saberem, exatamente, quando vale a pena investir em custos de *front end* e quando é melhor as partes tornarem o contrato incompleto, para incorrerem, futuramente, em custos de *back end*³⁹³.

³⁹¹ Segundo Robert Scott e Robert Triantis, “[...] back end is litigating disputes that arise when the contract turns out to be a losing proposition for one party”. Assim, o custo de ‘back end’ decorreria justamente do valor a que as partes são submetidas no litígio do contrato. Ver mais em: SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006), p. 823.

³⁹² Segundo os autores (tradução livre): “As partes escolhem entre a determinação de custos de *front end* ou *back end* comparando a vantagem informativa que as partes podem ter no momento da contratação com a vantagem de determinar os riscos de litígio no futuro”. No original “[...] The parties choose between front and back-end proxy determination by comparing the informational advantage the parties may have at the time of contracting against the hindsight advantage of determining proxies in later litigation”. (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006), p. 819). Ainda segundo os autores “[...] escolhendo eficientemente entre termos vagos e mais precisos, as partes podem reduzir o custo de redigir um contrato mais completo. De fato, ao melhorar a relação custo-benefício do litígio, as partes podem incorporar mais padrões em seus contratos e reduzir ainda mais o custo de redigir um contrato mais completo. [...] Nesses termos, as partes devem continuar a investir nos custos de contratação até que o custo marginal do investimento adicional exceda o benefício marginal nos ganhos de incentivo”. No original: “[...] by efficiently choosing between vague and precise terms, the parties can lower the cost of writing a more complete contract. Indeed, by improving the cost-effectiveness of litigation, the parties can incorporate more standards in their contract, and reduce the cost of writing a more complete contract even further. [...] Accordingly, the parties should continue to invest in contracting costs until the marginal cost of further investment exceeds the marginal benefit in incentive gains”. (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006), p. 821).

³⁹³ A doutrina norte-americana, por seu turno, tem apresentado alguns estudos a esse respeito. A exemplo disso, Scott e Triantis procuram apresentar critérios objetivos e claros para esse cálculo. Segundo os autores “[...] antes que as partes possam decidir quanto investir nos custos de *back end*, elas devem determinar o valor esperado no ganho de incentivo que garantiriam com o seu investimento na execução contratual. Isso exige que as partes façam previsões a respeito do caminho do litígio e seu resultado. Os acadêmicos de contratos têm se concentrado em dois obstáculos *back end* para a eficiência: (1) os custos diretos de execução dos contratos e (2) os custos de incerteza e erro de execução” “[...] before the parties can decide how much to invest in the back end, they must determine the expected net value of the incentive gain that they would secure with their back-end (enforcement) buck. This requires them to anticipate the course of their litigation and its outcome. Contracts scholars have focused on two back-end obstacles to efficiency: (1) the direct costs of enforcing contracts—namely the costs of communicating information to the court—and (2) the uncertainty and error costs of enforcement”. (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006), p. 824. A respeito do tema, cite-se, ainda: CHOI, Albert; TRIANTIS, George. The effect of bargaining power on contract design. *Virginia Law Review*, Vol. 98, n. 8 (December 2012), p. 1.665-1743; CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Market conditions and contract design: variations in debt contract. *New York University Law Review*. Vol. 88, n. 1, 2013; GILSON, Ronald J; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert E. Text and context: Contract interpretation and contract design. *Cornell Law Review*, 2014, vol. 100, p. 23-97; SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006), p. 814-879; SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserv Law Review*. Vol. 56. 2005. p. 187-201; TRIANTIS, George. Financial Contract Design in the World of Venture Captial. *Chicago Law*

Quando as partes entendem que alguns custos para a investigação dos riscos do contrato são ineficientes e exageradamente dispendiosos, tornarão o contrato intencionalmente³⁹⁴ incompleto³⁹⁵.

Isso porque, ainda segundo Luciano Camargo Penteado³⁹⁶, na visão da análise econômica, muitas lacunas são intencionais, necessárias até para evitar elevação desnecessária de custos de transação na fase pré-contratual. É por isso que as partes devem,

School. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 115), 2001; KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Vol. 84, p. 1.023, 2009.

³⁹⁴ Luciano Camargo Penteado em sua tese de livre docência, defende que “[...] a incompletude é característica de todo o contrato, pois é impossível antever todas as circunstâncias que podem interferir ao longo da relação contratual”. Ainda segundo o autor “[...] a experiência mostra que o contrato que preveja todas as circunstâncias só existe como modelo ideal, em campo meramente teórico. O contrato efetivamente factível e empiricamente constatável no campo real é um incompleto, que tenha o suficiente, mas que não detalhe à exaustão todas as contingências, pois tal procedimento apresentaria elevados custos de negociação, com equipes de técnicos, advogados, funcionários, mobilização das partes para reuniões, entre outros custos de transação, que dificilmente seriam inferiores ao ganho com a contratação. Deste modo, a maioria dos contratos é altamente incompleta”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese (Livre-Docência em Direito Privado e Processo Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2013. p. 292). No mesmo sentido, Fernando Araújo ressalta que “[...] não há, por definição, um contrato completo como arquétipo de um estado de coisas ‘não-friccional’, isento de custos de transação, que, mais do que propiciar às partes a obtenção irrestrita dos resultados pretendidos, poderia anunciar-lhes, num momento qualquer das negociações, o encerramento de todas as pendências negociais, o encerramento do clausulado e a erradicação total de qualquer margem não-negociada, tranquilizando-as com a certeza de que não haveria surpresas ao longo da vida esperada para a relação contratual. Pelo contrário, num mundo ‘friccional’ jamais deixarão de verificar-se, novamente por definição até, algumas ou todas as razões que podem contribuir para o inacabamento contratual, sejam razões *estruturais* como os custos de negociação e especificação de cláusulas detalhadas ou os custos de aplicação de tais cláusulas, a inverificabilidade (ou a verificabilidade a elevado custo) de certas circunstâncias, por mais relevantes que elas sejam para o cumprimento dos deveres contratuais, sejam razões voluntárias, que podem ir da confiança que as partes depositam na hetero-disciplina, jurídica ou não, até a manifestação de um intuito de externalização sobre árbitros e julgadores (as partes não desenvolvem o contrato porque sabem que sobre alguém, que não elas, recairá o encargo de interpretar e integrar o contrato) e podem resultar da própria displicência, por exemplo a indiferença das partes às consequências do inacabamento”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 157-158).

³⁹⁵ A respeito da opção dos contratantes em tornar o contrato incompleto, Aline Valverde Terra e Paula Greco Bandeira afirmam que “[...] no contrato incompleto, portanto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão negativa do risco econômico superveniente (*rectius*, álea normal), os quais serão determinados em momento futuro, pela atuação e uma ou ambas as partes, de um terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna [...] Eis a função do regulamento contratual incompleto: consentir às partes não alocar *ex ante* os efeitos decorrentes da variação da álea normal do contrato, remetendo essa decisão para momento futuro, como solução que melhor atende aos interesses dos particulares no caso concreto”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 153).

³⁹⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese (Livre-Docência em Direito Privado e Processo Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2013. p. 95.

em verdade, não buscar firmar contratos completos (impossíveis de serem alcançados), mas, sim, como referido por Fernando Araújo³⁹⁷, contratos *funcionalmente completos*, ou seja

[...] aquele que alcança a eficiência objectivamente possível dados os constrangimentos de observabilidade e de verificabilidades presentes no contrato, sendo portanto o contrato que otimiza a ponderação custo benefício introduzida pela onerosidade da negociação³⁹⁸.

Para Fernando Araújo³⁹⁹, um contrato mais incompleto aproxima-se do mercado “pontual”, seja na flexibilidade, seja na exposição a riscos; um contrato mais completo, ao invés, perderá em flexibilidade o que pode ganhar em cobertura de riscos, mas a custos maiores⁴⁰⁰.

Ao optarem por um contrato mais incompleto, é comum as partes utilizarem termos vagos em algumas cláusulas contratuais, tais como ‘o contratado se obriga a utilizar dos *melhores esforços*’ em caso de ocorrência de algum risco não previsto. Sendo o contrato mais completo, a cláusula contratual pode obrigar, *v.g.*, que o empreiteiro realize a instalação das esquadrias do prédio nos exatos termos de determinada norma técnica da ABNT,

³⁹⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 183.

³⁹⁸ Tratando sobre a incompletude contratual na análise econômica do direito, Paula Greco Bandeira afirma que “[...] os contratantes racionalmente optam por não regulamentar *ex ante* todas as contingências (isto é, riscos), com o escopo de reduzir custos de transação, embora, normalmente, indiquem o procedimento a ser adotado na hipótese de ocorrer determinada superveniência *ex post*, permitindo, assim, extrair do contrato a máxima eficiência. Tal se verifica sobretudo em projetos de investimentos complexos, que impossibilitam aos contratantes definir antecipadamente todos os elementos da relação jurídica, seja pela racionalidade limitada das partes em prever todas as contingências que possam afetar o contrato, seja pelo elevado custo de transação incorrido na elaboração do contrato completo. A racionalidade limitada dos contratantes, com efeito, relaciona-se à impossibilidade de as partes anteverem todas as contingências que possam se verificar supervenientemente à celebração do contrato e, em consequência, de especificarem todas as soluções concebíveis referentes aos possíveis ‘estados do mundo’”. (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38).

³⁹⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 149.

⁴⁰⁰ Isso porque, segundo Araújo, “[...] talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficientemente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reacções tutelares adequadas. Em termos de eficiência, dir-se-à que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter um impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do contrato”. O autor também trata do inacabamento contratual no sentido econômico que pode ser distinto entre “[...] o inacabamento *deliberado* ou estratégico (aquele que honestamente visa alcançar um nível óptimo de completamento ou aquele que maliciosamente visa deixar interstícios no clausulado para serem explorados *ex post*) também designado, por vezes, como inacabamento contratual ‘endógeno’ do “inacabamento *estrutural*, ou seja aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as relações contratuais ou não-instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver (aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situações de alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente)”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 156).

prevendo, ainda, que a comprovação do cumprimento de tal obrigação dependerá da apresentação de laudo elaborado por empresa terceirizada. O caso concreto e os custos de transação indicarão aos contratantes os benefícios (ou não) de elaborarem contratos mais completos ou incompletos. Robert Scott e George Triantis⁴⁰¹ relatam interessantes casos ilustrativos.

No caso *Bloor v. Falstaff Brewing Corp*, as partes litigaram em razão de contrato de distribuição de cervejas. Segundo o contrato, a *Falstaff* prometeu usar os seus melhores esforços para manter um elevado volume de vendas. Quais são os melhores esforços que deve uma distribuidora de cervejas manter para alcançar elevado volume de vendas? A cláusula evidentemente é vaga. Se a estratégia para alcançar tal propósito fosse descrita mais objetivamente, com as ações a serem adotadas, o contrato poderia ser, nesse ponto, completo. Contudo, as empresas *Falstaff* e *Bloor*, ao elaborarem a minuta, possivelmente porque poderiam incorrer em custos desnecessários para criar um plano de promoção de vendas, optaram por suportar em custos *back end* e evitar os custos *front end*. Preferiram as partes manter uma cláusula aberta para, eventualmente, litigarem no futuro.

Ao longo do curso do cumprimento do contrato, a empresa *Bloor* entendeu que a *Falstaff* não teria envidado os seus melhores esforços e o volume de vendas não era elevado. O caso acabou sendo resolvido judicialmente e o juiz responsável pelo caso, na ausência de um critério objetivo estabelecido no contrato, utilizou o precedente de outro litígio, cujo contrato também era de distribuição de cervejas, firmado por duas empresas de portes parecidos com os dos litigantes e que distribuía o mesmo produto, em localidades próximas.

Não é raro aos contratantes deixarem algumas de suas cláusulas em termos mais vagos. É bastante comum, por exemplo, nos contratos de franquia, que o franqueado se obrigue a agir com boa-fé e empenho necessário para cumprir as metas estabelecidas no contrato de franquia ou manter o volume de vendas de outras franquias. Possivelmente é menos eficiente, no contrato de franquia, esmiuçar o negócio para descobrir todas as hipóteses que podem ser classificadas como descumprimento contratual.

⁴⁰¹ SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006). p. 838.

No âmbito da construção civil, dificilmente os contratantes conseguirão avaliar todos os riscos do contrato. Por mais que possa parecer recomendável que seja realizado exaustivo planejamento antes do início da execução, impossível prever todos os fatos que podem advir ao longo de uma obra.

É necessário aos contratantes encontrar o ponto de equilíbrio entre as investigações necessárias para apuração dos riscos e os custos de transação envolvidos. Sabe-se que, no Brasil, há pouca previsão e planejamento das obras, o que torna a construção civil palco de inúmeras disputas judiciais e arbitrais⁴⁰². Ao não preverem adequadamente os riscos envolvidos em determinada obra, tornando o contrato incompleto, as partes naturalmente incorrem no potencial risco de resolução de conflito por um tribunal.

A intitulada *theory of contract design* tem por objetivo justamente o estudo dos mecanismos que auxiliarão às partes firmarem os contratos de forma economicamente eficiente, mas com segurança jurídica. A partir dos conceitos apresentados acima, os contratantes, ao longo da elaboração do texto contratual, verificarão a necessidade de tornarem o contrato mais completo ou não. Ainda que se trate de contratos incompletos e, portanto, sujeitos a maiores riscos, o desenho contratual pode tornar mais eficiente a forma para a sua gestão ou resolução de conflitos, a partir de instrumentos de alocação de riscos e que serão estudados na Parte II deste trabalho⁴⁰³.

É importante a ressalva de que no caso concreto, é necessário verificar se as partes foram cautelosas quando da contratação, em razão dos riscos que estão sujeitas. Se o contrato é incompleto em razão do contratante que, por exemplo, diante de um fato bastante corriqueiro e previsível, deixou de requerer a inclusão de mecanismo contratual que poderia oferecer proteção, consideramos tal atitude como assunção de risco previsível. Por outro

⁴⁰² Nesse sentido: CAMPOS, Iberê M. Obra parada, resultado da falta de planejamento e de administração. *Fórum da Construção*. Disponível em: <http://www.forumdaconstrucao.com.br/conteudo.php?a=12&Cod=140>. Acesso em: 26 jun. 2021. Por ser palco de diversos litígios a construção civil também possui diversas formas de resolução de conflitos de forma extrajudicial, a exemplo disso, os *dispute boards*. A respeito de inúmeros instrumentos de resolução de conflitos extrajudiciais para resolver litígios da construção, vide ROVEDA, Jerônimo Pinotti. A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência da cláusula de ‘dispute board’ nos contratos de construção. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Ano 5 (2019), n. 1. p. 1.131-1.161.

⁴⁰³ Segundo Robert Scott e Jody Karus “[...] o *design* do contrato pode antecipar não apenas os efeitos do litígio, mas também outros possíveis custos *back-end*, tais como arbitragem, renegociação ou acordo”. No original: “[...] contract design should anticipate not only the effect of litigation, but also other possible back-end processes, such as arbitration, renegotiation, or settlement”. (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Vol. 84, 2009. p. 1.023).

lado, é possível que o contratante tenha incorrido em elevados custos para apuração dos principais riscos. A partir do conhecimento dos principais riscos, conseguiu a inclusão de diversos mecanismos de gestão do risco que conferiram maior segurança jurídica ao contrato, tornando-o mais completo.

PARTE 2 – MECANISMOS DE ALOCAÇÃO E GESTÃO DO RISCO CONTRATUAL

Uma vez realizado o estudo a respeito do risco contratual, necessária análise dos instrumentos convencionais e legais que permitem a sua alocação. Como desenvolvido anteriormente, compete a cada um dos contratantes a investigação dos riscos possivelmente assumidos em razão do tipo de contrato firmado. Tratando-se de risco previsível a uma das partes e na ausência de dispositivo legal ou cláusula para a devida alocação, reputa-se o silêncio como assunção de risco.

Ao contratante mais diligente, uma vez reconhecido o risco a que está sujeito, o instrumento contratual permite a inserção de mecanismos para a devida alocação, diminuindo expressivamente a exposição ao risco. Como bem referido por Judith Martins Costa⁴⁰⁴

[...] é função dos mecanismos criados pela autonomia privada converter uma relação contratual estática em uma ‘relação evolutiva’, viabilizando às partes impedir que circunstâncias modificativas, no mais das vezes externas e subtraídas de sua esfera de controle, alterem de maneira substancial a composição de interesses econômicos originalmente programada.

Naturalmente não é objetivo do presente trabalho enumerar todos os instrumentos (legais e contratuais) de alocação dos riscos. A decisão de qual mecanismo utilizar dependerá, dentre alguns fatores, o tipo contratual, objeto, partes, riscos envolvidos, dentre outras questões.

Nesse sentido, procuramos tratar dos mecanismos contratuais comumente utilizados nas relações jurídicas que decorrem da incorporação imobiliária, sobretudo nos contratos firmados pelo incorporador e o proprietário de terreno, o construtor e os adquirentes das unidades. Além dos mais recorrentes, também procuramos cuidar de instrumentos que, embora não sejam utilizados com frequência em contratos decorrentes da incorporação imobiliária, sua funcionalidade pode servir para melhor alocação de riscos envolvidos em tal atividade.

⁴⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de ‘hardship’ e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 25. abril-junho de 2010. p. 13.

2.1 Elementos acidentais do negócio jurídico

Na clássica lição de Antônio Junqueira de Azevedo⁴⁰⁵, cada tipo de negócio jurídico possui “elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam da sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*)”. Ambos os elementos são classificados como categoriais, sendo que os primeiros são inderrogáveis e os segundo derogáveis.

São exemplos de elementos categoriais inderrogáveis o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda, o *animus donandi* na doação e o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel no depósito. Já os elementos categoriais derogáveis podem ser exemplificados como a responsabilidade pela evicção na compra e venda, a responsabilidade pelos vícios redibitórios nos contratos comutativos⁴⁰⁶.

Ainda segundo Junqueira de Azevedo⁴⁰⁷, também são elementos do negócio jurídico os chamados *accidentalia negotii*, ou seja, os elementos particulares, “aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio”.

Os elementos acidentais, segundo Francisco Amaral⁴⁰⁸, “[...] são os que se acrescentam à figura típica do ato para mudar-lhe os respectivos efeitos. São assim, instrumentos de eficácia à disposição do agente para adaptar os efeitos de sua manifestação de vontade a circunstâncias futuras”. Estamos, portanto, no plano da eficácia do negócio jurídico⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

⁴⁰⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35-36.

⁴⁰⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38.

⁴⁰⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 460.

⁴⁰⁹ Segundo Pontes de Miranda “Térmos e condições são determinações temporais, inexas. Inexam-se à manifestação de vontade, para que o efeito ou os efeitos dos atos jurídicos somente se dêem, a começar-se de termo inicial, ou somente durem até que acontecimento futuro e certo se dê (termo final), ou para que o efeito ou os efeitos dos atos jurídicos comecem a partir-se de acontecimento futuro e incerto (condição suspensiva), ou durem até que o acontecimento futuro e incerto se dê (condição resolutiva)”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*. Tomo V. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. § 540, n. 1, p. 97).

O Código Civil sistematizou três tipos de elementos particulares: a condição⁴¹⁰, o termo⁴¹¹ e o encargo⁴¹². No âmbito dos contratos imobiliários, o termo e o encargo podem ser utilizados em relações entre particulares. Na incorporação imobiliária, a condição é certamente o instrumento mais utilizado.

Dentre as modalidades da condição, a *suspensiva* é aquela que não produz os efeitos do negócio jurídico enquanto não se verifica o acontecimento futuro e incerto. Já a condição *resolutiva* é aquela que extingue a eficácia do negócio jurídico a partir da verificação do acontecimento⁴¹³.

A condição é fruto da autonomia privada e permite ao contratante adaptar os efeitos do negócio jurídico a eventos futuros e incertos. Segundo Pontes de Miranda⁴¹⁴ “a condição permite ao figurante querer, sem temer o futuro: por ela, o que não se quereria, sem auxílio de hipótese, pode ser querido”. Como bem ressaltado por Ana Prata⁴¹⁵

[...] a aposição de uma cláusula de condição a um contrato permite aos celebrantes prevenir a incerteza do futuro, acautelando o risco da inutilidade do conteúdo regulativo do negócio [...] As partes têm, portanto, a possibilidade de se precaverem quanto à evolução futura de acontecimentos que não controlam, mas dos quais depende a mais perfeita concretização dos seus interesses negociais, na medida em que lhes é consentido tornar a eficácia do negócio dependente da verificação de um

⁴¹⁰ Na lição de Zeno Veloso, condição (art. 121 e 127, do Código Civil), é “a cláusula que deriva exclusivamente da vontade do disponente ou das partes, e que subordina o efeito futuro e incerto”. (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 18).

⁴¹¹ Termo (art. 131, do Código Civil) é “a cláusula que subordina o começo ou a extinção da eficácia do negócio jurídico a um evento futuro e certo. O decurso do tempo fica vinculado à declaração de vontade, determinando os efeitos desta. (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 82-83).

⁴¹² O encargo (art. 136, do Código Civil) é “uma restrição imposta a um ato de liberalidade, ora determinando que a coisa transferida tenha uma destinação especial, ora estabelecendo uma obrigação que o adquirente deverá cumprir em favor do autor da disposição, de terceiro, dele próprio beneficiário, ou no interesse geral. (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 103).

⁴¹³ Assim, segundo Francisco Amaral, “[...] na condição suspensiva, a eficácia do ato está suspensa; ocorrendo o evento, começam os efeitos. Na resolutiva, a eficácia é imediata e, enquanto não se realizar a condição, vigorará o negócio jurídico [...] Verificado o evento, cessam os efeitos”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 472-473).

⁴¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*. Tomo V. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. § 540, n. 1, p. 97.

⁴¹⁵ PRATA, Ana. Cláusula de condição e risco contratual (no Código Civil de 1966). In: SEQUEIRA, Elsa Vaz de; SÁ, Fernando Oliveira e (coord.). *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 447.

evento que, apesar de previsível, escapa à possibilidade de domínio do declarante.

Embora os contratantes possam ter elevado interesse em contratar, algumas incertezas podem frustrar as partes na concretização do negócio jurídico. As condições suspensivas e resolutivas, portanto, dão maior segurança para o avançar do contrato, ou seja, eliminam o risco contratual que as partes anteveem, permitindo aos contratantes firmarem o contrato, bem como limitar os seus efeitos a considerar a ocorrência de determinados fatos⁴¹⁶.

As cláusulas referidas introduzem maior flexibilização dos efeitos e dinâmica das circunstâncias da realidade que envolvem o negócio e facilitam aos contratantes fazerem convergir os seus interesses, firmando os contratos.

Não obstante as cláusulas contempladas no contrato, se o titular possui um direito expectativo, deve atuar para assegurar a integralidade da prestação, obstando a prática de atos materiais ou jurídicos suscetíveis de inviabilizar a utilidade do resultado visado com a celebração do negócio. Devem ser adotados comportamentos que não frustrem o objetivo do contrato firmado pelas partes.

No âmbito da incorporação imobiliária, é comum a aposição de cláusulas nesse sentido. Na aquisição do imóvel onde, por exemplo, será erigido o empreendimento, é necessário que o incorporador realize inspeção técnica e jurídica para avaliar se há segurança jurídica e apelo comercial para avançar no negócio jurídico. Nesse sentido, costuma-se firmar contrato com cláusula de condição resolutiva, hipótese em que a verificação de determinado acontecimento incerto (comprovação de contaminação do solo, impossibilidade de aprovação do projeto perante a municipalidade, verificação de fatos reputados juridicamente inseguros) retira os efeitos do negócio jurídico firmado pelas partes⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Ainda segundo Ana Prata: “o declarante ainda não está certo de que o programa contratual sirva os seus objetivos e apenas com a verificação (ou não) do evento que é assumido como condição se efetiva o interesse, justificando-se então a operatividade dos efeitos [...] Em outras hipóteses, o interesse é atual, coincidente com a assunção do vínculo jurídico, mas precário, isto é, só se manterá contanto que se verifique ou não um certo evento; verificando-se (ou não) este, o interesse no negócio desaparece pelo que deve extinguir-se a operatividade dos respectivos efeitos”. (PRATA, Ana. Cláusula de condição e risco contratual (no Código Civil de 1966). In: SEQUEIRA, Elsa Vaz de; SÁ, Fernando Oliveira e (coord.). *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 448).

⁴¹⁷ Como bem ressalvado por Zeno Veloso, não é qualquer condição que as partes podem se valer. Para ficar de acordo com o Direito, o autor afirma que a condição tem de ser lícita, possível e não se contrapor à moral e bons costumes. “[...] Percebe-se, facilmente, que as condições ilícitas são muito mais graves que as juridicamente impossíveis. As ilícitas apresentam um aspecto que as torna repulsivas: a torpeza. Assimilam-se

Assim, a intenção de dar vínculo de irretratabilidade ao contrato faz com que os contratantes prefiram, muitas vezes, em vez de aguardarem os resultados da auditoria, simplesmente firmar o negócio jurídico, mas admitindo que os seus efeitos podem ser afastados em caso da verificação de determinado acontecimento. Além disso, no âmbito dos negócios jurídicos imobiliários, importante destacar que o instrumento particular de promessa de compra e venda firmado com cláusula de irretratabilidade e registrado no Cartório Imobiliário, confere direito real ao promitente comprador (art. 1.417, do Código Civil).

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a condição suspensiva se mostrou relevante instrumento de gestão do risco contratual⁴¹⁸. Determinada incorporadora elaborou, com outra empresa, negócio jurídico complexo, envolvendo permuta (com torna), cujos efeitos poderiam deixar de ser verificados se determinados fatos não ocorressem.

Assim, não obstante o risco em que está envolvida a incorporadora, que despendeu milhões de reais na tentativa de levar o empreendimento à frente (estudos técnicos, projetos arquitetônicos, estudos de viabilidade econômica, dentre outros), por razões alheias às partes, não foi possível prosseguir na concepção da edificação pretendida, porque o projeto pretendido pela empresa não foi aprovado pela municipalidade.

Por se tratar de operação econômica complexa e cujos resultados eram incertos é que as partes, fugindo da regra geral, acordaram, no contrato de corretagem, que a remuneração da comissão seria realizada sob condição *suspensiva*, qual seja, a superação das condições resolutivas previstas no contrato de permuta. Não havendo a concretização do negócio jurídico, inclusive, competiria ao corretor reembolsar os valores eventualmente adiantados, nos termos de disposição contratual⁴¹⁹.

Pois bem. Uma vez que os fatos indicados nas condições resolutivas do contrato de permuta não foram superados, o resultado útil do contrato de corretagem não foi alcançado.

às condições ilícitas que restringem a liberdade individual, afrontam direitos de personalidade ou agredem a dignidade humana. Pode-se formular os seguintes exemplos: se jamais casares; se te converteres ao budismo; se ficares ateu; se te tornares freira”. (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 23 e 36).

⁴¹⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo n. 1046519-51.2016.8.26.0100.

⁴¹⁹ Dispunha a cláusula que: “A comissão somente será devida às contratantes após a superação das condições resolutivas previstas na permuta [...] na hipótese de não ser efetivada a aquisição dos imóveis pela contratante mediante a outorga da escritura definitiva de permuta, os valores pagos às contratadas deverão ser reembolsados à contratante no prazo de 20 dias contados da solicitação”.

Nesses termos, o contrato de corretagem que estava subordinado a evento futuro e incerto não produziu seus regulares efeitos. Até porque, segundo Zeno Veloso⁴²⁰, “o negócio jurídico sob condição suspensiva está pendente quanto ao plano da eficácia, somente. Se e quando ocorrer a condição, seus efeitos serão produzidos. Com o advento do fato previsto é que nascem as consequências jurídicas, que, num negócio puro e simples, ocorreria logo”. Ainda assim, o corretor de imóveis, alegando ‘arrependimento’ das partes, com fundamento no artigo 725, do Código Civil, propôs demanda contra os permutantes⁴²¹.

Em sua defesa, a empresa então responsável pelo pagamento da comissão demonstrou que a extinção do contrato se deu em razão de não ter havido a superação de condições resolutivas e, evidentemente, não por arrependimento. Ao julgar o feito, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a improcedência da sentença, reconhecendo a licitude da condição suspensiva do contrato de corretagem, bem como a ausência de arrependimento das partes⁴²².

É interessante notar, no presente caso, que as partes, antevendo a possibilidade de o empreendimento não ser levado à frente, valeram-se de instrumentos de gestão para reduzir os riscos a que estavam sujeitos. Um dos principais riscos era, justamente, o pagamento da comissão de corretagem que superava meio milhão de reais por uma permuta que, ao final, não foi concretizada. Em razão do risco contratual a que as partes estavam sujeitas, firmaram o contrato de corretagem reduzindo o risco de pagamento de comissão por negócio não concretizado. Tratando-se de relação paritária, a condição é absolutamente lícita e regular.

⁴²⁰ VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 50.

⁴²¹ A respeito de questões envolvendo a comissão de corretagem e o resultado útil, sugere-se como leitura: GOMIDE, Alexandre Junqueira. Responsabilidades quanto à segurança jurídica do contrato pretendido e comissão pelo resultado útil. Um estudo à luz do Código Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (coord.). *Direito Civil: estudos*. Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCIVIL. São Paulo: Blucher, 2018. p. 251-272 e TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o Contrato de Corretagem. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 127-152.

⁴²² CORRETAGEM IMOBILIÁRIA – COBRANÇA – Aproximação inicial das partes para celebração de contrato de permuta (Requerida e Aliança Francesa) realizada por intermédio da Autora – Contrato de intermediação imobiliária prevê o pagamento do preço em três parcelas (nos valores de R\$ 270.000,00, de R\$ 360.000,00 e de R\$ 270.000,00) – Ausente o pagamento da última parcela avançada (objeto do pedido de cobrança) – Cláusula 2.1.1, item "c", do contrato dispõe que o pagamento da terceira parcela do preço depende do implemento de condição suspensiva (celebração de escritura pública de permuta dos imóveis) – Inconteste a não celebração de escritura pública para efetivar a transferência dos imóveis – Descabido o pagamento do valor referente à última parcela do preço (a condição estipulada no contrato não se aperfeiçoou) – Avença sujeita aos ditames do Código Civil (ausente a relação de consumo) – Lícita as cláusulas contratuais (livremente avançadas) – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO (TJSP; Apelação Cível 1046519-51.2016.8.26.0100; Relator (a): Flavio Abramovici; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/02/2020; Data de Registro: 18/02/2020).

2.2 Cláusula resolutiva expressa

Havendo descumprimento culposo de uma das partes, segundo o artigo 475, do Código Civil, 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.

Orlando Gomes⁴²³ ensinava que o exercício da faculdade de resolução era tradicionalmente distinto por dois sistemas: o francês e o alemão. Segundo o autor, pelo sistema francês, a resolução deveria ser necessariamente requerida judicialmente (vide o artigo 1.184 do *Code*, antes da reforma realizada em 2016⁴²⁴). Já pelo sistema alemão (§ 346 a 354 do BGB), ao contrário, admitia-se a resolução sem intervenção judicial, ou seja, o contrato resolve-se independentemente de pronunciamento judicial.

A respeito de a resolução do contrato ser operada por via judicial ou extrajudicial, Ruy Rosado de Aguiar Júnior advertia que “a opção legislativa de resolução pela sentença acumula pontos favoráveis, mas tem desvantagens”. Sustentava o autor que embora a decretação judicial da resolução possivelmente atendesse melhor às partes por ser mais equânime, sobretudo na proteção do mais enfraquecido, contrapõe-se à necessidade de dinamismo nas relações jurídicas⁴²⁵.

⁴²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 207.

⁴²⁴ Art. 1.184. La résolution doit être demandée en justice.

⁴²⁵ Nas palavras de Ruy Rosado Aguiar Júnior: “A opção legislativa de resolução pela sentença acumula pontos favoráveis, mas tem desvantagens. A seu favor sobressai o argumento de que a revisão judicial garante melhor as partes quanto a uma decisão equânime, especialmente na proteção do lado mais enfraquecido, que encontrará mais facilmente tolerância com o juiz do que com o credor, além da natural falta de isenção da parte que apreciar, com justa medida, a gravidade das falhas da contraparte, Mas a visão do contrato como ‘instrumento a favor da economia’ contrapõe-se àquela conveniência, de garantia do interesse da parte, o interesse da ordem econômica, ferido pela persistência de um vínculo já sem eficácia, a restringir o livre tráfico de bens. De acordo com esse ponto de vista, mais dinâmico e apropriado é o sistema da resolução extrajudicial, que não depende da demora e do custo do processo”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 57). Ainda a respeito do tema, vide USTARRÓZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 304, ano 51, p. 32-53, fevereiro de 2003 e PINHEIRO FRANCO, Antônio Celso; PINHEIRO FRANCO José Roberto. Cláusula resolutiva expressa: o exato sentido do art. 119 do CC/1916 e dos arts. 128 e 474 do Diploma Substantivo de 2002. *Revista do Instituto dos Advogados*, ano 13, n. 25, janeiro-junho de 2010, p. 80.

No sistema português, ensina Pedro Romano Martinez que a resolução, nos termos do artigo 436º, do Código Civil português, pode se fazer mediante declaração unilateral e não precisa de decretação judicial⁴²⁶, excepcionada algumas situações⁴²⁷.

Possivelmente por ter compreendido haver mais vantagens do que desvantagens, a França, seguindo a tendência da doutrina e jurisprudência⁴²⁸, a partir da reforma legislativa do *Code* em 2016, resolveu alterar a necessidade de a resolução do contrato ser decretada judicialmente, permitindo que os contratantes possam, por sua conta e risco, resolver o contrato de forma extrajudicial mediante notificação à contraparte. A lei francesa ressalva os direitos de o devedor impugnar a resolução, hipótese em que o credor deve provar a gravidade do inadimplemento que permitiu a resolução (art. 1.226, do *Code*)⁴²⁹. Segundo Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira⁴³⁰, a partir da reforma do *Code* em 2016, o sistema francês se aproximou do sistema alemão.

⁴²⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 171. O autor ressalva, contudo, que “[...] ainda que a resolução seja informal, nada obsta que se recorra a um tribunal para apreciar da sua licitude, mas importa distinguir. Se uma parte resolve o contrato, a contraparte por impugnar judicialmente a resolução, e se a decisão judicial confirma a validade da declaração, o contrato cessou no momento em que esta chegou ao poder do destinatário e não mediante a intervenção judicial. Diferentemente, se aquele a quem assiste o direito, duvidando da sua existência, em vez de emitir a declaração negocial, intenta uma ação judicial em que pede a apreciação do direito, o contrato cessa com a decisão judicial, se na acção, além da apreciação do direito, também se tiver feito o pedido de resolução do contrato”. Ainda a respeito da ilicitude da resolução e seus efeitos no sistema jurídico português, veja-se mais na mesma obra referida.

⁴²⁷ A exemplo disso a extinção do contrato de locação que tem que ser decretada judicialmente (art. 1.047º e 1084º, n. 2, do Código Civil português), mediante a ação de despejo, prevista no artigo 14º da Lei n. 6/2006 (Novo Regime do Arrendamento Urbano).

⁴²⁸ Segundo Joana Ferrajota, desde final do século XIX, tanto a jurisprudência quanto a doutrina francesa se posicionavam favoravelmente pela resolução extrajudicial. Segundo a autora “[...] o próprio fenômeno de extrajudicialização da resolução não é tão recente quanto se possa parecer à primeira vista pensar. De facto, desde finais do século XIX, perante uma situação de urgência ou de estado de necessidade, era já o exercício da resolução por mera declaração à contraparte admitido, tendo a exigência de tais pressupostos aliás cessado posteriormente, em 1998, com a decisão de 13.10.98 da *Cour de Cassation*, conhecida por ‘arrêt Tocqueville’. Desde então, o comportamento grave da contraparte passou a constituir fundamento bastante para o exercício extrajudicial da resolução”. (FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 35).

⁴²⁹ Article 1226: Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

⁴³⁰ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutorio: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 28 e seguintes.

Joana Ferrajota⁴³¹ também demonstra que em outros sistemas onde a resolução se exerce de forma judicial, há uma tendência pela extrajudicialização. Nesse sentido, adverte que embora o artigo 1453 do Código Civil italiano⁴³² determine a resolução por via judicial, o sistema é “fortemente temperado por um amplo conjunto de exceções, em que é admitido o recurso à resolução extrajudicial”. Nesse sentido, cita o artigo 1.454 que permite à parte inadimplente interpelar a contraparte, concedendo-lhe prazo para o cumprimento contratual, findo o qual, o contrato se terá resolvido automaticamente⁴³³.

A autora⁴³⁴ ainda faz referência ao Direito espanhol que, embora determine no artigo 1124 do Código Civil⁴³⁵ a resolução pela via judicial, a jurisprudência do país também tem admitido o seu exercício extrajudicial, cabendo aos tribunais apreciar a licitude da resolução quando esta vier a ser impugnada.

O sistema jurídico brasileiro, por sua vez, valeu-se de um sistema híbrido. Segundo o artigo 474 do Código Civil, a “cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. Assim, caso o contrato estabeleça cláusula resolutiva expressa, o Código Civil permite a resolução de pleno direito, sem a necessidade de confirmação por sentença judicial. Contudo, na hipótese de cláusula resolutiva tácita, a resolução depende de pronunciamento judicial, embora respeitável e recente entendimento doutrinário de Giovanni Ettore Nanni defenda o contrário, ao interpretar o sentido da ‘interpelação’ contida no dispositivo⁴³⁶.

⁴³¹ FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 36.

⁴³² Art. 1.453. Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento (1) o la risoluzione del contratto (2), salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.

⁴³³ Art. 1.454. Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto. Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.

⁴³⁴ FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 37.

⁴³⁵ Artículo 1124. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

⁴³⁶ Recentemente, Giovanni Ettore Nanni, em tese de vanguarda, defende que mesmo na hipótese de cláusula resolutiva tácita, a resolução se opera sem a necessidade de pronunciamento judicial. Segundo Nanni, há necessidade de interpretar a expressão ‘interpelação judicial’ contida no art. 474, do Código Civil. Segundo o

Ao permitir às partes a possibilidade de o contrato ser resolvido de forma automática e sem a necessidade de pronunciamento judicial, a cláusula resolutiva expressa se mostra outro relevante mecanismo de alocação dos riscos nos contratos.

Segundo Aline Valverde Terra⁴³⁷ embora prevista timidamente no Código Civil, a cláusula resolutiva expressa é, em definitivo, manifestação evidente da autonomia privada, atribuindo às partes a liberdade de, ao criar o vínculo jurídico, estabelecer em que situações ele poderá ser desfeito, desde que conduzam à incapacidade de a relação obrigacional promover o resultado útil programado.

Ao contratar, as partes podem antever os principais riscos de incumprimento contratual, declarando que, na ocorrência de tais fatos, o contrato resolve-se sem a necessidade da propositura de uma ação judicial. Embora a cláusula resolutiva expressa seja muito frequentemente utilizada para extinguir o contrato em razão do inadimplemento absoluto, sua função extrapola tal situação. Nesses termos, as partes podem redistribuir os riscos para situações em que sequer exista culpa atribuível à contraparte. Cite-se, por exemplo, os riscos de caso fortuito ou força maior, impossibilidade superveniente, ou qualquer outro evento que incida ou venha incidir diretamente sobre a relação⁴³⁸. Segundo Aline Terra⁴³⁹

[...] entende-se legítima a pactuação pelos contratantes, com base na autonomia privada, de cláusulas resolutivas por meio das quais se

Autor, a interpelação judicial não significa pronunciamento judicial. Nesses termos entende que “[...] a regra codificada no artigo 474 do Código Civil deve ser interpretada como simples referência, exemplificativa, e não como único e obrigatório veículo resolutorio. A interpelação judicial, que é sempre facultada ao lesado pelo inadimplemento absoluto é uma das opções de que o interessado dispõe, ao lado de formatos extrajudiciais, como por meio de cartório de títulos e documentos, pela remessa postal ou por correio eletrônico, ou ainda diversos modos de comunicação físicos ou digitais, mediante uso de outros recursos tecnológicos, sendo ela também permitida tacitamente. [...] Todavia, ela não necessita ser judicial. [...] É preciso reservar ao tão saturado Poder Judiciário o cumprimento de sua missão precípua, que é a de distribuir justiça, poupando-lhe da atribuição de medidas desprovidas de conflitos, que não demandam qualquer pronunciamento jurisdicional, como é o caso da interpelação”. (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 503-506).

⁴³⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 35.

⁴³⁸ No escólio de Giovanni Ettore Nanni “[...] faculta-se às partes, valendo-se da cláusula resolutiva expressa, redistribuir os riscos de caso fortuito ou força maior, ou de qualquer outro evento que indica diretamente sobre a relação, inviabilizando a atuação do programa contratual; para tanto, esses riscos, quando externos ao negócio, devem ser a ele internalizados. Ou então podem também os contratantes manter a alocação do risco feita pelo legislador e alterar somente os efeitos de sua superveniência, a exemplo do que ocorre quando se incluem os vícios redibitórios no suporte fático da cláusula”. (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 483).

⁴³⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 69 (nota de rodapé n. 174).

estabeleça a resolução da relação obrigacional diante da verificação ou constatação de qualquer outro evento, além desses que interferem diretamente no programa econômico do contrato e que conformam, portanto, a cláusula resolutiva expressa, desde que não se trate de eventos qualificados como condição⁴⁴⁰.

Esse relevante instrumento de gestão do risco contratual confere ampla liberdade às partes, nas relações civis, para extinguir o contrato em razão não apenas do descumprimento da contraparte, mas, também, em razão da verificação de fatos e eventos que os contratantes reputam suficientes para a resolução contratual⁴⁴¹.

Ao admitirmos o uso da cláusula resolutiva expressa para além da alocação dos riscos decorrentes do inadimplemento absoluto, potencializa-se a autonomia privada, bem como a vocação do referido instrumento de gestão. A cláusula resolutiva expressa proporciona ambiente negocial mais seguro e previsível aos contratantes.

Também para negociações empresariais envolvendo a aquisição ou permuta de terrenos, onde as partes comumente utilizam a *condição resolutiva*, também é comum o emprego de *cláusula resolutiva expressa*. Nesse sentido, o empreendedor pode reservar-se o direito de resolver o contrato mediante cláusula resolutiva expressa se não conseguir, por

⁴⁴⁰ No mesmo sentido, mas em outra oportunidade, em coautoria com Paula Greco Bandeira e Aline Terra afirmam que “[...] não há óbice à inclusão, em seu suporte fático, de riscos diversos, desde que sua verificação conduza à disfuncionalização da relação obrigacional. Embora, em sua origem, o instituto estivesse ligado, de fato, ao inadimplemento absoluto, sua percepção histórico-relativa impõe a ampliação de seus confins, a permitir a gestão de outros riscos que, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 147).

⁴⁴¹ Advirta-se, contudo, que não cabe às partes, genericamente, estipularem que o descumprimento de qualquer das obrigações poderá acarretar a extinção da relação jurídica obrigacional. A respeito do tema, João Biazi dá o seguinte exemplo da intitulada ‘cláusula resolutiva de estilo’: “Qualquer uma das partes poderá resolver o presente contrato em caso de violação de quaisquer de seus termos”. A cláusula possui diversos problemas, porque, nas palavras de Biazi, “[...] é característica imprescindível da cláusula resolutiva expressa a determinação clara das hipóteses de inadimplemento capazes de dar surgimento automático do direito potestativo à resolução”. Ainda segundo o autor, a referida cláusula resolutiva de estilo “[...] não pode ser interpretada de outra maneira senão como reforço ao fato de que as partes estão sujeitas à integral observância do acordado”. BIAZI, João Pedro de Oliveira. A Cláusula Resolutiva “de Estilo”. *Revista Brasileira de Direito Contratual*. Ano II. nº 7. abr-jun 2021. Porto Alegre: LexMagister, p. 85-95. No mesmo sentido, Giovanni Ettore Nanni afirma que “[...] a cláusula resolutiva expressa de cunho genérico não atinge seu fim de ponderada definição acerca de eventos em que se permite terminar o liame contratual. Pelo contrário, é irrefletido dispositivo contratual, sem critério, praticamente vazio. Em princípio, deve ser considerado ineficaz, porque só reforça a regra da cláusula resolutiva tácita, em que qualquer incumprimento – desde que absoluto – enseja a aplicação do mecanismo resolutório”. (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 486).

exemplo, em prazo determinado, a aquisição dos imóveis contíguos (necessários para a formação do terreno pretendido). Também poderá estipular que o contrato poderá ser resolvido caso não seja confirmada instalação de *shopping center* próximo do imóvel ou a instalação de estação de metrô prometida governo estadual ou o parque prometido pela municipalidade.

Contudo, diferentemente da *condição resolutiva*, na hipótese de cláusula resolutiva expressa, a extinção não é automática. Assim, por exemplo, é comum o incorporador estipular que mesmo sendo confirmados fatos que poderiam decretar a resolução do contrato, sendo seu interesse seguir com a contratação, o contrato poderá manter-se hígido. Voltaremos a essa temática oportunamente.

O que importa agora é saber se, na hipótese do exercício da cláusula resolutiva expressa, a jurisprudência admite a resolução sem o pronunciamento judicial. Em nossa pesquisa, verificamos que nem sempre o Poder Judiciário admite à resolução independente de pronunciamento judicial, sobretudo quando há inadimplemento no pagamento do preço pelo adquirente⁴⁴².

Em razão da larga utilização da cláusula resolutiva expressa no âmbito dos contratos imobiliários e, ainda, diante da dificuldade imposta pelo Poder Judiciário para a resolução sem a necessidade de pronunciamento judicial, foi editada a Lei 13.097/2015 que, dentre suas medidas (art. 62), alterou o art. 1º, do Decreto-Lei 745/1969⁴⁴³ para, a toda evidência,

⁴⁴² A exemplo disso: “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”. (REsp 620.787/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, REPDJe 15/06/2009, REPDJe 11/05/2009, DJe 27/04/2009)

⁴⁴³ Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n. 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 interpeção.

corrigir o erro de percurso jurisprudencial, permitindo que a cláusula finalmente atingisse seus objetivos.

Segundo referido dispositivo, nos contratos de compromisso de venda e compra de imóveis não loteados e sem cláusula de arrependimento, havendo cláusula resolutiva expressa e uma vez caracterizado o inadimplemento absoluto, a resolução “se operará de pleno direito”⁴⁴⁴. A Lei 13.097/2015, a bem da verdade, não traz grandes novidades. Apenas e simplesmente reforça o artigo 474, do Código Civil, ressaltando a aplicação da cláusula resolutiva expressa aos compromissos de compra e venda e cessão de direito de imóveis não loteados.

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.

⁴⁴⁴ A expressão ‘de pleno direito’ do dispositivo foi criticada por José Roberto de Castro Neves: “[...] o que significa essa resolução ‘de pleno direito’? O nome, reconheça-se, tem pompa e perfume. Propriedade de ‘pleno direito’. Contrato ‘de pleno direito’. Resolução ‘de pleno direito’. Dá-se uma ideia que existiria uma gradação entre o ‘direito’ e o ‘pleno direito’, tal como o Duque e o Grão-Duque, ou o x-burguer e o super x-burguer – todos matizes imprecisos. Por outro lado, o termo fragiliza o conceito de direito, pois faz uma referência a um direito ainda superior: “pleno”, em contraposição a um “direito sem qualificação”. (NEVES, José Roberto de Castro. As ‘imperfeitas’ cláusulas resolutivas. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 301). Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, contudo, a expressão contida no dispositivo “significa apenas que a resolução se dá independentemente de sentença judicial, mas não dispensa a manifestação do credor, que pode escolher pela extinção ou pela manutenção do contrato.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. IV, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 399).

Contudo, mesmo em razão da alteração legislativa, alguns julgados ainda mantêm entendimento contrário para determinar a necessidade de pronunciamento judicial⁴⁴⁵, embora outros também admitam a resolução extrajudicial⁴⁴⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, nas últimas décadas entendia que mesmo havendo cláusula resolutiva expressa, o contrato somente poderia ser resolvido mediante sentença judicial⁴⁴⁷. Ocorre que, mais recentemente, em demanda que envolvia a extinção

⁴⁴⁵ Nesse sentido: Compra e venda de imóvel – Descumprimento de acordo pela adquirente, que deixou de pagar as parcelas avençadas – Cláusula resolutiva expressa que não opera de pleno direito – Precedentes do Colendo STJ – Reintegração na posse que não pode ser deferida, posto que é mero consectário da resolução contratual, não postulada – Sentença de carência mantida – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1002269-22.2019.8.26.0004; Relator (a): A. C. Mathias Coltro; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV – Lapa – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/03/2020; Data de Registro: 12/03/2020). AGRAVO DE INSTRUMENTO – Compra e venda de imóvel – Ação de reintegração de posse – Decisão que deferiu a liminar de reintegração de posse – Insurgência dos réus – Cláusula resolutiva expressa que não produz efeitos automáticos – Posse derivada de relação contratual – Necessidade de resolução do contrato – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2126596-68.2018.8.26.0000; Relator (a): Egidio Giacoia; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de São João da Boa Vista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/09/2018; Data de Registro: 04/09/2018); AGRAVO DE INSTRUMENTO. Insurgência contra decisão que indeferiu a antecipação de tutela requerida em ação de rescisão contratual c/c pedido de reintegração de posse. Embora o art. 474 do CC preveja que a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito, a apuração do inadimplemento contratual absoluto e a legalidade do dispositivo contratual que embasa o pedido rescisório devem ser mais bem examinados antes do deferimento da reintegração de posse. Ademais, a tutela pleiteada pode causar danos sociais irreversíveis, enquanto sua postergação pode ser facilmente convertida em perdas e danos sem consequências agudas a qualquer dos litigantes. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2100479-74.2017.8.26.0000; Relator (a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santana de Parnaíba - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 28/11/2017; Data de Registro: 28/11/2017). Agravo de instrumento. Reintegração na posse. Indeferimento da tutela de provisória de urgência. Decisão acertada. Não obstante a existência de cláusula resolutiva expressa e a inadimplência dos agravados, necessária se faz o prévio contraditório. Ausência de urgência, já que os agravados estão na posse do imóvel desde 2018. Requisitos para a antecipação de tutela que não se encontram preenchidos. Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2005331-94.2021.8.26.0000; Relator (a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cotia - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/02/2021; Data de Registro: 26/02/2021).

⁴⁴⁶ A esse exemplo: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. Compromisso de compra e venda de imóvel. Inadimplemento das parcelas do preço. Pedido de tutela antecipada para declarar a rescisão do instrumento firmado e possibilitar a revenda do bem. Indeferimento. Cláusula resolutiva expressa que se opera de pleno direito. Preceptivo do artigo 474 do Código Civil de 2002. Lei n. 13.097/2015 que alterou a redação do Artigo 1º do Decreto-Lei n. 745/1969, dando eficácia à cláusula quando o promissário comprador é interpelado e deixa de purgar a mora no prazo de 15 dias, contados de seu recebimento. Requisitos legais devidamente preenchidos. Presença do perigo da demora e probabilidade do direito. Interlocutória reformada. RECURSO PROVIDO”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2224490-78.2017.8.26.0000; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I – Santana – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2018; Data de Registro: 15/02/2018).

⁴⁴⁷ A exemplo disso: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POSSESSÓRIA E AÇÃO CONSIGNATÓRIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Observa-se que o tema inserto nos arts. 474 e 475, do Código Civil não foi objeto de debate pela Corte local, tampouco foram opostos embargos de declaração, nesse ponto, a fim de suprir eventual omissão. É entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça a exigência do prequestionamento dos dispositivos tidos por violados, ainda que a contrariedade tenha surgido no julgamento do próprio acórdão recorrido. Incidem, na espécie, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. De qualquer forma, a jurisprudência do STJ

extrajudicial de compromisso de compra e venda de imóvel rural, a Corte superior admitiu a resolução sem a necessidade de pronunciamento judicial quando, havendo cláusula resolutive expressa, o devedor fosse intimado para purgar a mora, quedando-se inerte. Embora o julgado não se refira a contrato que envolva relação de consumo (com ressalvas expressas no acórdão), afirmou-se a necessidade de uma revisitação da jurisprudência “a fim de que se estabeleça solução distinta mais condizente com as expectativas da sociedade hodierna, voltadas à mínima intervenção estatal no mercado e nas relações particulares, com foco na desjudicialização, simplificação de formas e ritos e, portanto, na primazia da autonomia privada”⁴⁴⁸.

Não se pode dizer que o julgado referido altera a posição do Superior Tribunal de Justiça porque, reitera-se, não foi apreciado sob o enfoque de contratos que envolvam relação de consumo, além do destaque que a votação não foi unânime, tendo sido proferido voto divergente, o que demonstra o elevado grau de controvérsia.

Sem prejuízo, a cláusula resolutive expressa é, sem dúvida, relevante instrumento de gestão do risco, porque permite, a critério do contratante, que a ocorrência de fato determinado possa extinguir o contrato. Como bem referido por Giovanni Ettore Nanni⁴⁴⁹, a cláusula resolutive expressa permite aos contratantes “avaliar, no momento genético da relação, quais resultados contratuais são considerados essenciais relativamente à economia global do contrato, pelo que podem subordinar a eficácia do pacto como um todo à realização de tais resultados”. Essa liberdade conferida aos contratantes certamente confere maior dinamismo às relações e permite que as partes possam estabelecer o vínculo contratual, autorizada a sua extinção em razão de acontecimentos por elas indicados, ressalvando-se que não se admitirá a extinção do vínculo contratual à promoção de caprichos dos contratantes⁴⁵⁰.

entende que 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. Precedentes. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1278577/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, *DJe* 21/09/2018). Nos termos do julgado: “[...] 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”.

⁴⁴⁸ (REsp 1789863/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2021, *DJe* 04/10/2021)

⁴⁴⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 482.

⁴⁵⁰ Como bem ressaltam Paula Greco Bandeira e Aline Valverde Terra, “A cláusula resolutive expressa não se presta à promoção de caprichos, de modo que apenas os atrasos ou as imperfeições que ofendam substancialmente a obrigação, e comprometam a consecução do programa negocial, podem integrar seu suporte

Ao final, retomemos traços distintivos entre a *condição* resolutiva e a *cláusula resolutiva* expressa. A distinção não é simples, mas foi tema enfrentado por Aline Valverde Terra. Segundo a autora⁴⁵¹, a primeira distinção é estrutural. Assim, enquanto a condição resolutiva ilícita conduz à invalidade de todo o negócio (art. 123, II), a cláusula resolutiva expressa é acessória, pelo qual eventual vício da cláusula não afeta a existência ou validade do contrato. Ainda segundo Aline Valverde Terra⁴⁵², quanto ao suporte fático, a principal diferença entre os institutos é que

[...] a condição resolutiva requer que o evento futuro e incerto seja externo ao negócio e por isso não pode corresponder nem a elemento essencial do contrato, nem a momento típico do desenvolvimento do vínculo obrigacional [...]. Em definitivo, se o evento futuro e incerto não se relaciona, de forma alguma, com qualquer obrigação imposta contratualmente às partes, e tampouco se refere aos riscos partilhados pelos contratantes de forma expressa no negócio e que interferem na consecução do resultado útil programado, tratar-se-á de regra, de condição resolutiva, e não de cláusula resolutiva expressa.

Além disso, tal como adiantado, a forma como o contrato é extinto também possui diferenças na cláusula resolutiva expressa e na condição resolutiva. Sendo cláusula resolutiva expressa, deve haver a declaração do credor dirigida à resolução⁴⁵³. Se é obrigação do vendedor, por exemplo, apresentar laudo que aponte a inexistência de contaminação do solo, a ausência de tal documento poderia ensejar a resolução. Contudo, havendo cláusula

fático. Não é suficiente que a prestação se torne menos valiosa, sem repercussões na sua utilidade; indispensável que se torne incapaz de promover o interesse perseguido pelas partes”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 150).

⁴⁵¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 69-71.

⁴⁵² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 70-71.

⁴⁵³ Segundo Giovanni Ettore Nanni “[...] em qualquer cenário, exige-se que a parte inocente decida qual caminho adotar na salvaguarda de seus interesses e que o devedor seja comunicado da decisão, pois não tem como pressupor qual será nem se o lesado fará uso do mecanismo resolutório. Depende-se, assim, de o credor efetivamente se valer do remédio conferido pela convenção em testilha. A iniciativa de definir a continuidade ou não da relação entre as partes cabe ao credor, comunicando ao devedor que tem o contrato por extinto. A assertiva legal de que a cláusula resolutiva expressa atua de pleno direito não quer dizer que seja automática, mas, sim, que dispensa intervenção judicial, mas não dispensa a deliberação do credor em extinguir ou executar”. (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 492).

resolutiva expressa, o comprador pode reservar a si o direito de manter o contrato caso, por exemplo, entender que a contaminação possa ser facilmente remediada. Assim, não havendo declaração do credor, o contrato poderá manter sua plena eficácia.

Na condição resolutiva, “a solução é automática, independe da vontade ou mesmo do conhecimento das partes. Inútil, portanto, a oposição dos contratantes à resolução, que se opera instantaneamente; caso as partes desejem retomar a relação contratual resolvida, deverão celebrar novo contrato⁴⁵⁴”.

Em determinado julgado⁴⁵⁵ envolvendo permuta imobiliária, as partes acordaram que o negócio jurídico estaria subordinado a *condições resolutivas* e, dentre elas, “se não ocorrer a expedição pela Prefeitura Municipal de São Paulo, do alvará de aprovação e de execução das obras do Empreendimento, na forma pretendida pela incorporadora”. Após a assinatura do contrato, parte do imóvel veio a ser desapropriado pela Prefeitura Municipal, o que frustrou o interesse da incorporadora, porque já não seria mais possível aprovar o projeto na forma então pretendida. Todavia, o contrato não mencionava expressamente a desapropriação como hipótese de condição resolutiva.

Ao apreciar o feito, um dos desembargadores proferiu declaração de voto concordante ao acórdão, destacando que embora as partes tenham qualificado a hipótese como “condição resolutiva”, na verdade, estavam diante de cláusula resolutiva expressa porque “a cláusula resolutiva expressa não extingue automaticamente o contrato, mas apenas abre ao credor o direito de optar entre execução da prestação e a resolução. A condição resolutória, ao contrário, não depende de nova manifestação de qualquer dos contratantes,

⁴⁵⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 71. Zeno Veloso, a seu turno, afirma que “se a condição é resolutiva, o negócio existe, é válido e produz efeitos, imediatamente, normalmente, tudo funcionando, nesta fase, como se ele fosse puro e simples. Mas com o advento da condição, os efeitos se extinguem, automaticamente. Logo, os efeitos não são definitivos, não têm caráter de irrevogabilidade, pois estão sujeitos a desaparecer com o implemento da condição, restabelecendo o *statu quo ante*”. (VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 51).

⁴⁵⁵ CONTRATO – Compra e venda de imóveis – Rescisão – Perdas e danos – Prescrição – Inocorrência – Permuta com torna para construção de empreendimento imobiliário – Desapropriação superveniente – Desapropriação de parte dos imóveis que tornou impossível o objeto da avença – Inteligência dos arts. 258, 313, 314, 443, 492 e 1.275, CC – Rescisão determinada – Perdas e danos de que não se cogita – Custos de implementação do projeto arquitetônico que se inserem no risco exclusivo da atividade da empresa incorporadora, não se tratando de “custos do contrato” – Indenização afastada – Autores sucumbentes – Apelação provida. (TJSP; Apelação Cível 1070595-42.2016.8.26.0100; Relator (a): Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 43ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/10/2020; Data de Registro: 05/11/2020).

pois extingue o contrato de modo automático, por força de lei”⁴⁵⁶. Assim, segundo o julgado, a desapropriação do imóvel permitiu que a incorporadora exercesse o direito de extinguir o contrato, porque a desapropriação impedia a expedição do alvará de aprovação e de execução das obras do Empreendimento, na forma pretendida pela incorporadora. Contudo, o magistrado observou bem que, na verdade, a cláusula elaborada pelas partes não era uma *condição resolutive* porque o próprio documento estabelecia a possibilidade de o contrato não ser extinto, por interesse da incorporadora, ainda que as situações elencadas na cláusula fossem observadas no caso concreto⁴⁵⁷. Especificamente a respeito dessa questão, Aline Miranda Valverde Terra⁴⁵⁸ desenvolveu artigo, ressaltando que

[...] Seja como for, importa sublinhar que a qualificação de certa cláusula como cláusula resolutive expressa, condição resolutive ou condição suspensiva há de ser realizada a partir da interpretação sistemática do específico contrato. Para tanto, o intérprete deve analisar, sobretudo, a natureza do evento que serve de suporte fático à cláusula (se se trata, por exemplo, da inexecução de obrigação assumida por uma das partes ou da ocorrência de evento externo ao negócio), os efeitos dele decorrentes (resolutivos ou suspensivos) bem como a forma pela qual tais efeitos se operam (automaticamente ou mediante interpelação da contraparte). De todo modo, o *nomen iuris* atribuído pelas partes à cláusula é, em definitivo, o aspecto de menor relevância para a sua qualificação.

A cláusula resolutive expressa certamente é um dos mais relevantes instrumentos atuais para a gestão do risco contratual. A partir dela, os contratantes podem indicar as

⁴⁵⁶ Em seu voto, o Des. Loureiro ainda aduziu que a confusão entre condição resolutive e cláusula resolutive expressa tem sido observada em diversos contratos: “Essa lamentável confusão conceitual, que tenho visto em dezenas de contratos similares de promessas de permuta similares celebrados por incorporadoras, que envolvem interesses relevantes e altas somas, em nada ajudam o julgador”.

⁴⁵⁷ A respeito do tema, vide, ainda: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Instrumento particular de aquisição de ações, com promessa de pagamento diferido do respectivo preço. Título executivo extrajudicial, dotado de liquidez e de certeza, diante dos pagamentos certos e a termo convencionados entre as partes. Irrelevância da falta de apenas uma assinatura de testemunha instrumental, uma vez que o devedor reconhece a validade do título e nada alega sobre o tema. Irrelevância da presença de cláusula resolutive expressa no contrato, que não conduz ao seu automático desfazimento em caso de inadimplemento, pois subsiste ao credor o direito de optar pela execução específica da obrigação, se a prestação ainda lhe for útil. Distinção entre condição resolutive e cláusula resolutive expressa. Embargos de devedor improcedentes. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 0071337-97.2010.8.26.0002; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2012; Data de Registro: 27/10/2012)

⁴⁵⁸ TERRA, Aline Miranda Valverde. Condição resolutive, condição suspensiva ou cláusula resolutive expressa, eis a questão. *Migalhas*. Publicado em 07/10/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/352799/condicao-resolutiva-condicao-suspensiva-ou-clausula-resolutiva>. Acesso em: 11 out. 2021.

hipóteses em que o contrato se resolve de pleno direito, independentemente de pronunciamento judicial. É a autonomia privada em sua potência máxima.

2.3 Cláusula penal

As partes, ao firmarem o contrato, preveem os benefícios que o cumprimento das obrigações poderá lhes trazer. Todavia, também devem realizar as previsões para a hipótese do descumprimento.

Nesse sentido, relevante instrumento para a gestão do risco contratual é a cláusula penal que, segundo José Fernando Simão⁴⁵⁹, “é a obrigação acessória a um contrato pela qual o devedor se obriga a uma prestação determinada no caso de descumprimento do contrato ou de qualquer de suas cláusulas”.

Na lição de Antonio Pinto Monteiro⁴⁶⁰, como função indenizatória, a cláusula penal tem por intuito indenizar a vítima pelos danos causados. Já como função coercitiva ou compulsória⁴⁶¹, a cláusula penal teria por escopo garantir ao credor a realização do próprio direito e não a mera indenização do dano⁴⁶².

Se a cláusula penal moratória é um instrumento para incentivo ao retorno do cumprimento obrigacional, a cláusula penal compensatória revela-se como relevante gestão do risco contratual de inadimplemento, apresentando a função precípua de liquidação preventiva de perdas e danos⁴⁶³.

Ao firmar o contrato e definir o valor da cláusula penal, as partes quantificam o valor para o descumprimento contratual. A depender do objeto do contrato e das circunstâncias negociais, a cláusula penal pode ser fixada em valores expressivos ou não. Para ilustrar, imagine-se a multa contratual estabelecida em contrato de distribuição de determinado

⁴⁵⁹ SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 231.

⁴⁶⁰ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2ª reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 2014. p. 26.

⁴⁶¹ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2ª reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 2014. p. 37.

⁴⁶² Assim, segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva, seria compensatória a cláusula penal que “substitui a obrigação principal, pois é satisfativa e moratória a cláusula penal que pode ser exigida conjuntamente com a obrigação principal, que é cumulativa.” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 255).

⁴⁶³ Segundo Gustavo Tepedino e Deborah Pereira Pinto dos Santos “[...] a gestão do risco do inadimplemento por meio da fixação da cláusula penal compensatória facilita a posição econômica do credor ao dispensar a comprovação da quantidade do prejuízo sofrido, funcionando como garantia ao risco de inadimplemento”. (TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto. A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda imobiliária. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações*: pressupostos, evolução e remédios. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 520).

insumo para a construção civil. Se o insumo é corriqueiro no mercado e existem muitos fornecedores, a avaliação do credor é que a substituição da empresa é fácil e rápida, de modo que as partes podem avençar que a cláusula penal em caso de descumprimento será fixada em valor não elevado.

Em outras hipóteses, o descumprimento do contrato pode ser bastante lesivo para a parte contrária, de modo que a multa pode ser estipulada pelas partes em valores elevados. Assim, em caso de construção de obra complexa e executada em local distante, caso determinado fornecedor de serviço descumpra o contrato, incorrendo na paralisação da obra, o construtor poderá sofrer prejuízos substanciais. O valor da cláusula penal, nesse sentido, pode ser atribuído em patamar expressivo (respeitado o limite imposto pelo art. 412, do Código Civil) porque o custo para a substituição imediata da empresa, somado ao custo de paralisação da obra, pode ser elevado⁴⁶⁴.

Como exemplo de elevado risco de descumprimento contratual, cite-se o caso do contrato *built to suit*⁴⁶⁵. Nesse contrato, é o empreendedor quem se obriga a realizar obra construída sob medida ao futuro ocupante. O retorno do investimento nesses contratos é, normalmente, obtido após o transcurso de muitos anos. Assim, eventual ruptura unilateral do contrato por parte de quem ocupa o imóvel, interrompendo o fluxo mensal da remuneração estabelecida pelas partes, pode trazer prejuízo substancial ao empreendedor.

Nesse sentido, imagine-se, por exemplo, a construção, sob medida, de um grande polo fabril no interior de Pernambuco ao custo de R\$ 50 milhões. O contrato, com prazo de trinta anos, garantirá o retorno estimado pelo empreendedor. Contudo, cinco anos após a

⁴⁶⁴ Tratando a respeito do valor (e peso) da cláusula penal, Fernando Araújo assevera que “[...] as sanções contratuais mais pesadas atrairão decerto mais potenciais credores, mas afastarão mais potenciais devedores, e por isso no cômputo geral (presumindo-se que a aversão ao risco está aleatoriamente distribuída no universo que abarca uns e outros) a contratação tenderá a diminuir”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 301). Ainda a respeito da análise da cláusula penal na perspectiva da *Law and Economics*, Marcelo Matos Amaro da Silveira sustenta que as penas privadas possuem duas importantes funções: incentivadora e sinalizadora. Segundo o autor “[...] os agentes econômicos possuem certas preferências de cumprimento quando estão negociando em uma relação contratual, que podem ser alteradas mediante determinados incentivos [...] já que modificam o padrão pré-estabelecido de preferência dos contratantes, fazendo com que as partes passem a preferir mais o cumprimento da obrigação. Além disso as figuras atuam como sinalizadoras de idoneidade e cumprimento. Uma parte, quando aceita ou propõe uma cláusula penal ou final com função coercitiva/punitiva, acaba assinalando alguma informação, como sua confiança no cumprimento do contrato”. (SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Da cláusula penal e sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do Direito português e brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 202-203).

⁴⁶⁵ A esse respeito, vide GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ocupação do imóvel, o ocupante comunica que irá deixar o imóvel. Atente-se que a Lei 8.245/1991 permite, expressamente, que o ocupante do contrato *built to suit* exerça a rescisão unilateral, via denúncia (art. 54-A, § 2º⁴⁶⁶). Assim, considerando que o texto legal permite a rescisão unilateral por parte do ocupante, o empreendedor, ao elaborar o contrato, precisa prever cláusula penal em patamar elevado para que não incorra nos prejuízos acima apontados⁴⁶⁷. Atente-se que a Lei 8.245/1991⁴⁶⁸, no artigo 4º, excepciona a redução proporcional da multa em caso de denúncia do contrato *built to suit*.

Assim, nos mais diversos contratos (sejam empresariais ou não), a gestão do risco pode ser realizada com a previsão do pagamento de cláusula penal para o caso de descumprimento por uma das partes. Como referido, o valor da indenização é extremamente relevante para que os contratantes possam traçar o risco envolvido. Não é por menos que a prática demonstra que um dos pontos de maior discussão nas tratativas para elaboração dos contratos é justamente o montante da cláusula penal.

Sendo a multa privada instrumento extremamente relevante na gestão do risco contratual e a considerar que o valor estipulado em caso de descumprimento é determinante na distribuição dos riscos quando da contratação, o estudo do art. 413, do Código Civil, também se faz necessário. O dispositivo determina que o juiz *deve* reduzir a cláusula penal, de forma equitativa⁴⁶⁹, se a obrigação tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

⁴⁶⁶ Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 12.744, de 2012\)](#) [...] § 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação. [\(Incluído pela Lei nº 12.744, de 2012\)](#).

⁴⁶⁷ Desde que não exceda “a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo da locação” (art. 54-A, § 2º).

⁴⁶⁸ Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. [\(Redação dada pela Lei nº 12.744, de 2012\)](#)

⁴⁶⁹ O art. 413 do Código Civil é significativamente diverso do art. 924, do Código Civil de 1916, que determinava: “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, *poderá* o juiz reduzir *proporcionalmente* a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”.

Inicialmente, indaga-se a respeito da possibilidade de derrogação de tal dispositivo nos contratos paritários ou empresariais⁴⁷⁰. A discussão diz respeito aos limites à liberdade contratual e em saber se o artigo 413 teria natureza de ordem pública⁴⁷¹. A doutrina brasileira⁴⁷² entende afirmativamente, assim como a doutrina portuguesa e italiana⁴⁷³. Na

⁴⁷⁰ Tratando-se de relação de consumo, naturalmente torna-se fácil verificar que as partes não poderiam derrogar o dispositivo legal. Há quem entenda, inclusive, que a redução da cláusula penal determinada no art. 413 do Código Civil deva ser aplicada de ofício pelo juiz. Nesses termos pronunciam-se Mário Luiz Delgado Régis (RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 368) e Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 386). Cite-se, inclusive, o enunciado 356 do Conselho da Justiça Federal, que assevera que “nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”. Todavia, a respeito da redução realizada de ofício, há respeitáveis entendimentos em contrário. José Fernando Simão (SIMÃO, José Fernando. *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz*. Parte 2. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-penal-e-reducao-de-oficio-pelo-juiz---parte-2/13786>. Acesso em: 2 jul. 2015) adverte que esse ponto requer reflexão aprofundada. Isso porque, segundo o autor, a intervenção judicial em um contrato firmado por hipersuficientes é absolutamente descabida. Nesses casos, a redução seria uma afronta à autonomia privada. Concordamos com o autor. Não nos parece razoável, em casos como os acima exemplificados, que o juiz possa, de ofício, determinar a redução da multa.

⁴⁷¹ Segundo Orlando Gomes, norma de ordem pública seria aquela que atende os interesses essenciais do estado ou da coletividade, ou que fixa no Direito Privado as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade. Contudo, assevera o autor que não é fácil determinar taxativamente os interesses essenciais do Estado e da coletividade, variáveis em função até do regime político dominante. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28). Jorge Morais Carvalho, na mesma senda, afirma que a ordem pública é um conceito indeterminado, ou seja, uma cláusula geral que deve ser concretizada em cada caso concreto pelo intérprete, tendo em conta as circunstâncias específicas da situação, não sendo possível nem desejável torná-la rígida. (CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 87). Ainda segundo o autor, a materialização do conceito de ordem pública tem de ser feita em concreto, tendo em conta todos os elementos relevantes do contrato em questão, nomeadamente o contexto de sua celebração e os seus efeitos para as partes em relação a terceiros. Assim, não é possível definir, à partida, desconhecendo os contornos do caso, se um determinado contrato é contrário à ordem pública. (CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 93).

⁴⁷² Na doutrina nacional, referindo-se aos contratos em geral, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald defendem que a redução determinada no art. 413 é norma de ordem pública, não se permitindo a derrogação por convenção particular. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 536). Esse entendimento também é partilhado, exemplificativamente, por Silvio Venosa (VENOSA, Silvio de Salvo de. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 175), Paulo Luiz Netto Lôbo (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 310) e Flávio Tartuce (TARTUCE, Flavio. *Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. vol. 2. 15. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 282).

⁴⁷³ Antonio Pinto Monteiro tratando a respeito do art. 812 do Código Civil português (equivalente ao art. 413, do Código Civil brasileiro), também assevera que o sistema português consagra a nulidade de qualquer cláusula contratual que afaste a possibilidade de ser reduzida a cláusula penal. Assim, segundo Pinto Monteiro, a *ratio* da norma lhe confere esse caráter de ordem pública. (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2ª reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 2014. p. 729). O dispositivo semelhante no Código Civil italiano é art. 1.384: “Art. 1384. La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”. Embora o dispositivo italiano, contrariamente do português não repute, expressamente, a nulidade da estipulação em contrário fato é que, segundo Antonio Pinto Monteiro, a doutrina majoritária italiana também assevera o caráter de ordem pública do dispositivo. Para tanto, cita Antonio Pinto Monteiro as obras de Marini (MARINI, Annibale. *La clausola penale*. Napoli: Jovene, 1984. p. 150-151), Moscati (MOSCATI, Enrico. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*. *Giur. It.* 1982. I, c. p. 1788) e Mirabelli (MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratti in generale*. 2. ed. Torino: Utet, 1967. p. 305). Em nossa pesquisa, também verificamos ser essa a opinião de Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova. Segundo os autores “È perciò

jurisprudência, também prevalece a tese de que o art. 413, do Código Civil é matéria de ordem pública⁴⁷⁴ o que resultou em enunciado do CJF⁴⁷⁵.

Embora, de fato, o artigo 413 seja considerado pela doutrina e jurisprudência norma de ordem pública e, portanto, inafastável pelas partes, eventual intervenção judicial para reduzir o valor da multa deve, naturalmente, ser medida excepcional, sobretudo nos contratos empresariais. Como bem ressaltado por Marcelo Matos Amaro da Silveira⁴⁷⁶, a redução estabelecida no artigo 413 deve ser construída cientificamente.

Novamente, destacamos que a revisão judicial não pode se furtar à análise do risco contratual a que os contratantes se submeteram. No contrato *built to suit*, por exemplo, determinando-se a revisão judicial para reduzir a multa, as bases a que os contratantes fundaram a decisão de contratar podem ser alteradas, incorrendo em elevados prejuízos a uma das partes, sobretudo aquela que assumiu os maiores riscos.

norma inderogabile, che non consente la rinunzia preventiva del debitore, e che trova applicazione anche quando la penale é bilaterale. Per la sua natura inderogabile, è stata ritenuta applicabile anche alle penali previste a favore della pubblica amministrazione”. (SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1999. p. 169). Atente-se, ainda, que o Código Civil Francês, em seu artigo 1152, permite ao juiz reduzir a cláusula penal e determina, ao final, que reputa “não escrita” qualquer estipulação em contrário: “Art. 1.152 Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. *Toute stipulation contraire sera réputée non écrite*”.

⁴⁷⁴ “Apelação – Locação não residencial – Espaço em shopping center – Rescisão antecipada do contrato – Multa contratual que prevê o pagamento de cinquenta por cento dos aluguéis pelo tempo restante de cumprimento do contrato – Abusividade – Redução equitativa – Necessidade – Vedação legal à estipulação de cláusula penal com cominação manifestamente excessiva. A cláusula penal compensatória pactuada para incidir em caso de rescisão antecipada do contrato não está, logicamente, incluída dentre as disposições contratuais que gozam de ampla liberdade nos contratos de locação de espaço em shopping center, principalmente porque esse tipo de cominação é preceito de ordem pública, existindo expressa previsão normativa de que a ‘penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio’ (CC, art. 413). Ao dispor que o juiz deve reduzir equitativamente a penalidade, o Legislador explicitou que a norma é de natureza cogente e que os contratantes não podem afastá-la por ato consensual. Disposição contratual que concede ao locador, por todo o tempo de vigência da locação ainda restante, metade dos aluguéis que receberia se o locatário estivesse ocupando o imóvel, sem, contudo, que o inquilino tenha uso e fruição do bem, é manifestamente abusiva e ofende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apelação provida. (TJSP. Relator(a): Lino Machado; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/05/2016; Data e registro: 20/05/2016). No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal também aprovou o enunciado 355 nos seguintes termos: “Enunciado 355: Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública”.

⁴⁷⁵ “Enunciado 355 do CJF: Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública”.

⁴⁷⁶ SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Da cláusula penal e sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do Direito português e brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 195.

A preocupação pela redução da cláusula penal é ainda maior porque, além de o juiz, regra geral, ter poucos elementos para apreciar as tratativas que antecederam a contratação e os riscos contratuais a que os contratantes conscientemente foram submetidos, a forma da redução, segundo o dispositivo, é via equidade, o que resulta em uma análise subjetiva⁴⁷⁷.

Tratando da redução da multa contratual, Antonio Pinto Monteiro⁴⁷⁸ afirma que o julgador deve observar (i) a gravidade da infração; (ii) o grau de culpa do devedor e as vantagens que, para este, resultem do incumprimento; (iii) o interesse do credor na prestação; (iv) a situação econômica de ambas as partes; (v) a boa ou má-fé dos contratantes; (vi) as condições em que o contrato foi negociado e (vii) eventuais contrapartidas de que o devedor haja se beneficiado pela inclusão da cláusula penal, dentre outros fatores que o juiz poderá ponderar para tomar sua decisão.

Tendo sido comprovado que os contratantes, livremente, estipularam o valor da multa contratual, deve-se presumir que tal medida diz respeito ao risco contratual por eles estabelecido para a hipótese de inadimplemento da obrigação. Mais uma vez, não cabe ao juiz, observador externo do contrato, sem elementos concretos ou maiores justificativas, reputar o valor da multa elevado, reduzindo-o de forma equitativa.

Seguindo no estudo do cotejo da cláusula penal e do risco contratual, observe que o *caput* do artigo 416⁴⁷⁹, do Código Civil denota a regulação da função de prévia liquidação das perdas e danos, porque desnecessária a prova do prejuízo. Assim, ainda que inexistente o dano, nasce o direito à pena.

⁴⁷⁷ A propósito do tema e com relação à adoção de um sistema normativo inspirado em conceitos abertos e cláusulas gerais, Humberto Theodoro Júnior asseverou: “[...] uma norma legal em branco evidentemente permite ao juiz preencher o claro legislativo de modo a aproximar-se mais da justiça do caso concreto. O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada. Nos ordenamentos que adotam tipos rígidos para sua conceituação normativa, os valores e princípios fundamentais são levados em conta pelo legislador, de maneira que o Juiz tem sua atividade exegética e axiológica bastante reduzida e simplificada. Já num regime de normas principiológicas, cabe-lhe uma tarefa complicada e penosa, qual seja, a de reconstruir todo o mecanismo axiológico da ordem constitucional cada vez que tiver de aplicar a cláusula geral às necessidades do caso concreto”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 126).

⁴⁷⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2ª reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 2014. p. 743-744.

⁴⁷⁹ “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

A depender do risco envolvido no contrato, as partes podem estabelecer que a cláusula penal servirá como valor mínimo, quando o prejuízo decorrente do descumprimento superar o valor arbitrado no contrato. Nos termos do parágrafo único do artigo 416, as partes podem estipular pena suplementar, desde que o contrato expressamente consigne tal possibilidade. Nesse caso, a indenização suplementar segue as regras comuns à indenização, ou seja, caberá ao credor provar o dano e sua extensão.

Como se nota, seja na função de prefixação dos valores decorrentes do descumprimento do contrato, seja como estabelecimento de um mínimo para o prejuízo sofrido, a cláusula penal é instrumento relevante na gestão do risco contratual.

2.4 Cláusula de arrependimento e arras

A finalidade do contrato é o adimplemento. Como bem referido por Clóvis V. do Couto e Silva⁴⁸⁰ “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”. No mesmo sentido, segundo Orlando Gomes⁴⁸¹, “cumpridas as obrigações, o contrato está executado, seu conteúdo esgotado, seu fim alcançado”.

O adimplemento, portanto, é a hipótese de extinção normal do contrato. Mas a extinção contratual pode ocorrer por outras hipóteses e, dentre elas, segundo a classificação de Orlando Gomes⁴⁸², por (i) causas anteriores ou contemporâneas à sua formação (extinção por anulação) ou (ii) causas supervenientes à sua formação (resolução, rescisão e rescisão).

A *resolução* contratual já foi brevemente abordada quando do tratamento da cláusula resolutiva expressa. A *rescisão* contratual, termo empregado muitas vezes de forma pouco técnica na prática jurídica⁴⁸³, segundo Orlando Gomes⁴⁸⁴, aplica-se para os casos de ruptura de contrato em que houve lesão ou quando constatado estado de perigo.

Interessa-nos, aqui, tratar brevemente da *resilição* contratual. Etimologicamente, do latim *resilire*, a resilição significa “voltar atrás”⁴⁸⁵. A resilição bilateral é o chamado distrato, tratado no artigo 472, do Código Civil⁴⁸⁶, e opera-se mediante acordo firmado pelas partes. Já a resilição unilateral é aquela prevista no *caput* do artigo 473, segundo o qual “a resilição unilateral, nos casos em que a lei *expressa* ou *implicitamente* o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte” (grifamos).

⁴⁸⁰ COUTO E SILVA, Clóvis. V. do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. São Paulo: FGV, 2006. p. 17.

⁴⁸¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 202.

⁴⁸² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 203.

⁴⁸³ Anderson Schreiber afirma que a origem do termo rescisão advém historicamente da extinção do contrato por *laesio enormis* do Direito Romano e, atualmente, acabou se generalizando para ser empregada de forma incorreta para qualquer hipótese de extinção por iniciativa das partes. (SCHREIBER, Anderson. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 317).

⁴⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 227-228.

⁴⁸⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 221.

⁴⁸⁶ “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

Em consonância com José Fernando Simão⁴⁸⁷, a rescisão unilateral é a faculdade concedida por lei, em determinados casos, de a vontade de apenas uma das partes pôr fim ao contrato. São espécies da rescisão a denúncia⁴⁸⁸, a revogação⁴⁸⁹ e o arrependimento.

Como exemplo de casos em que a lei *expressamente* admite a rescisão cite-se a locação urbana (art. 4º, da Lei 8.245/1991), o mandato (art. 682, inciso I, do Código Civil) e agência e distribuição (art. 720, do Código Civil)⁴⁹⁰.

Dificuldade maior é saber os casos em que a lei *implicitamente* admite a rescisão. Segundo Paulo Araujo⁴⁹¹, essa hipótese se dá quando, por exemplo, o contrato de trato sucessivo vige por tempo indeterminado, considerando-se a vedação às relações contratuais eternas⁴⁹².

Também se admite, em razão da autonomia privada, que as partes possam dispor, nos contratos em que a prestação não é imediata, a faculdade de uma delas rescindir unilateralmente o contrato no decorrer do seu curso, mediante (ou não) o pagamento de

⁴⁸⁷ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Contratos*. (Série leituras jurídica: provas e concursos, vol. 5). 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74.

⁴⁸⁸ Pontes de Miranda afirma que “[...] nas relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Porque relação jurídica duradoura a que não se pudesse pôr termo seria contrária às necessidades da livre atividade dos homens. Não bastaria subordiná-la a eventual resolução por inadimplemento ou ao distrato. Daí a figura da denúncia, com que se ‘des-nuncia’, pois resulta de haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar”. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 3.081, vol. 38, p. 294). Rodrigo Xavier Leonardo, por sua vez, diferencia a denúncia da rescisão unilateral (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3. vol. 7. abril-junho de 2016. p. 95-114).

⁴⁸⁹ A revogação é uma espécie de rescisão cabível quando há quebra de *confiança*, tais como a doação e o mandato. A revogação, segundo Pontes de Miranda, faz cessar a manifestação de vontade de um dos contraentes. O que se retira é a *vox*, de modo que se volte ao *status quo*. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. vol. 38. § 3.075, p. 269). Segundo Araken de Assis, ao revogar, alguém se desdiz e emite uma vontade oposta à primitiva (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90).

⁴⁹⁰ Segundo Anderson Schreiber “[...] os casos em que a lei *explicitamente* admite a rescisão unilateral são aqueles em que os contratantes celebraram contratos que se baseiam em uma especial relação de confiança entre as partes” (SCHREIBER, Anderson. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 318).

⁴⁹¹ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 381.

⁴⁹² Até porque, tal como enuncia Pontes de Miranda, nas relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Daí a figura da denúncia, com que se ‘des-nuncia’, pois resulta de haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Especial. Direito das Obrigações. Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais*. Tomo XXXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962 § 3.081, p. 294).

compensação pecuniária⁴⁹³. Trata-se da hipótese de rescisão unilateral exercida mediante arrependimento convencional no contrato, vinculado à estipulação de arras penitenciais⁴⁹⁴.

São duas as espécies de arras. A função principal⁴⁹⁵ é conferida às arras confirmatórias (art. 418 e 419, do Código Civil) sendo a função secundária representada pelas arras penitenciais (art. 420, do Código Civil)⁴⁹⁶.

Como se nota, o direito de arrependimento disposto no Código Civil é uma decorrência da estipulação das arras penitenciais. Nesses termos, as arras são penitenciais apenas quando as partes convencionam *expressamente* a cláusula de arrependimento. Caso contrário, presume-se que as arras serão confirmatórias⁴⁹⁷.

Caso as partes tenham, expressamente, consentido o direito de arrependimento, ficam os contratantes (ou apenas um deles)⁴⁹⁸ livres para exercer o referido direito potestativo, resilindo unilateralmente o contrato e, portanto, excetuando a regra geral da

⁴⁹³ A respeito da possibilidade de *rescisão convencional*, vide: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3. vol. 7. abril-junho de 2016. p. 102; ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações artigos 421 a 578*. vol. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 570; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 154; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 618; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Fontes das Obrigações*. vol. III. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1975. p. 129-130 e MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 65.

⁴⁹⁴ Importante a ressalva de que o arrependimento convencional difere do direito de arrependimento legal previsto no artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, cujo objetivo é a proteção contratual do consumidor vulnerável, em razão da contratação realizada à distância. A respeito do tema, vide GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*. São Paulo: Almedina, 2014.

⁴⁹⁵ Embora Caio Mário da Silva Pereira diferenciasse as funções das arras em principal (confirmatória) e secundária (penitencial), o próprio autor, já em 1975, asseverou que “processa-se nos costumes e na vida dos negócios uma transformação de conceitos, segundo a qual a natureza penitencial vai assumindo foros de predominância em tão alto grau que aos poucos o sentido confirmatório do sinal vai passando a segundo plano”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Fontes das Obrigações*. vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 89).

⁴⁹⁶ As arras confirmatórias, segundo Pontes de Miranda representam “o sinal de conclusão do contrato; confirmam-no ao mesmo tempo em que se entrega alguma coisa”. Já as arras “são as que têm a consequência de se permitir o recesso ou arrependimento, com a perda das arras dadas”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações. Efeitos das dívidas e das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Adimplemento. Arras. Liquidação. Depósito em consignação para adimplemento. Alienação para liberação. Adimplemento com sub-rogação. Imputação. Compensação*. Tomo XXIV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 2.952 n. 1 e n. 4. p. 162-164).

⁴⁹⁷ Nesse sentido: “[...] A caracterização das arras como penitenciais exige a estipulação no contrato do direito de arrependimento para qualquer das partes [...]” (AgInt no AREsp 1526985/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021).

⁴⁹⁸ Podem os contratantes estabelecer a bilateralidade do arrependimento ou conferi-lo exclusivamente a um deles. Nesses termos, vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Fonte das Obrigações*. vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 88.

irretratibilidade dos instrumentos. O exercício do arrependimento, nesse sentido, configura-se ato lícito. Nessa hipótese, se quem deu as arras é o exercente do arrependimento, perderá a quantia dada em favor da outra parte. Se o arrependimento é realizado por quem as recebeu, devolverá o valor recebido, mais o equivalente⁴⁹⁹ (art. 420, do Código Civil).

Assim, segundo Simão⁵⁰⁰, “as arras penitenciais permitem àquele que se arrepende saber exatamente o ‘preço’ que pagará pelo exercício desse direito, sendo irrelevante o tamanho do prejuízo que causar. As partes avençam uma remuneração pelo exercício do direito potestativo”.

Mas o exercício do arrependimento não é indefinido. Como bem referido por Caio Mário da Silva Pereira⁵⁰¹, a faculdade de retratação “não pode durar indefinidamente, vai até a execução cabal da obrigação”⁵⁰². Sem prejuízo, podem as partes, também, em razão da autonomia privada, estabelecer prazo máximo para o exercício do direito de arrependimento (ex.: noventa dias a contar da contratação), desde que, evidentemente, esse prazo seja até o início do cumprimento da obrigação.

A faculdade que dispõe um dos contratantes para encerrar o vínculo contratual a partir do exercício de um direito potestativo conferido no contrato é certamente um relevante mecanismo para gestão do risco contratual. No contrato de compra e venda de bem imóvel, por exemplo, se um pretendo adquirente encontra um apartamento que lhe agrada e quer se

⁴⁹⁹ A respeito do termo “equivalente” referido no dispositivo, Simão faz excelente esclarecimento: “Por que o Código Civil de 2002 não fala que as arras são devolvidas em dobro (como fazia o Código Civil de 1916), mas sim acrescidas do equivalente? Duas são as razões. A primeira é que objetos não têm dobro, mas sim equivalente em dinheiro. Se um carro foi dado em arras e o credor descumprir o contrato, ele devolve à outra parte o carro dado e seu valor em dinheiro, que é o equivalente universal. Não são devolvidos dois carros de mesmo ano e mesma marca. A segunda é que se as arras forem dadas em dinheiro, a ideia de dobro significa uma simples operação aritmética: o dobro de 20 é 40. E o valor não é simplesmente dobrado, pois nos termos do artigo 418 o valor das arras é acrescido de correção monetária desde o momento em que o sinal foi pago, mais juros de mora (do momento em que a mora se iniciou nos termos do artigo 397 do CC) e honorários de advogado”. (SIMÃO, José Fernando. *Estrutura e função das arras na alienação de bens imóveis*. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021. p. 16).

⁵⁰⁰ SIMÃO, José Fernando. *Estrutura e função das arras na alienação de bens imóveis*. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021. p. 18.

⁵⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Fonte das Obrigações*. vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 88.

⁵⁰² No mesmo sentido, José Fernando Simão adverte que o arrependimento pode ser exercido até o cumprimento das prestações, ou seja, “quem se arrepende é porque não quer cumprir e quem começa a cumprir é porque não se arrependeu”. (SIMÃO, José Fernando. *Estrutura e função das arras na alienação de bens imóveis*. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021. p. 29). O prazo para o exercício do direito de arrependimento é mais bem definido na legislação portuguesa, nos termos do art. 10º do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro.

ver vinculado ao contrato, mas com a possibilidade de desistir após maior reflexão, pode estabelecer o direito de arrependimento, mediante o pagamento de arras penitenciais. Nessa hipótese, arrependido da aquisição, pode resilir unilateralmente o contrato, perdendo, em favor do alienante, o valor conferido a título de arras⁵⁰³.

No mesmo sentido, determinado empreiteiro pode aceitar firmar contrato de empreitada a preço máximo garantido, desde que lhe seja assegurado o exercício do arrependimento do contrato em até noventa dias, prazo em que poderá obter maiores investigações a respeito das dificuldades decorrentes da obra naquele local.

Perceba que o arrependimento se distingue de outros instrumentos contratuais que, à semelhança de outras formas de rescisão unilateral, pode encerrar a relação jurídica. Se as partes estabeleceram alguma condição suspensiva para que o negócio jurídico produza os seus regulares efeitos (a exemplo disso, a confirmação de que o terreno não está contaminado), no arrependimento, o exercício para a retirada da eficácia do contrato pode se dar ainda que não exista condição pendente ou inadimplemento. Trata-se de livre manifestação de uma das partes para, legitimamente, extinguir a relação jurídica por força de direito potestativo.

Essa diferença pode, em princípio, parecer de pouca importância, mas não o é. Enquanto na compra de um bem mediante condição a ser superada o comprador diz “adquiro o seu imóvel, mas o contrato perde sua eficácia caso [...]”, na compra mediante o livre exercício do arrependimento, o comprador diz “adquiro seu imóvel, mas reservo a possibilidade de, melhor refletido, desistir da compra, mediante o pagamento de certa contribuição”.

Por fim, há controvérsia em saber se a redução referida no artigo 413, do Código Civil, que é aplicada à cláusula penal, também poderia ser utilizada para a hipótese das arras. Embora exista enunciado do CJF⁵⁰⁴ que entenda positivamente, o tema é bastante

⁵⁰³ Segundo Nelson Rosendal, “o valor das arras penitenciais não pode ser extrapolado em sequer um centavo, pois ele é tudo aquilo que as partes ajustaram para o caso de uma delas futuramente deliberar por não celebrar o contrato com a outra, reavendo sua liberdade [...] a perda do sinal ou a sua restituição acrescida do equivalente não constitui uma sanção a um inadimplemento – como nas arras confirmatórias ou na cláusula penal –, mas uma compensação econômica que a parte inocente recebe pela frustração de suas legítimas expectativas negociais em razão do exercício da faculdade de recesso utilizado pela contraparte”. (ROSENDAL, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 160).

⁵⁰⁴ Enunciado 165 da III Jornada de Direito Civil: “Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais”. Marcelo Matos Amaro da Silveira, no mesmo sentido, entende que é possível o controle judicial das arras (sejam penitenciais sejam confirmatórias). (SILVEIRA,

controverso. José Fernando Simão⁵⁰⁵ defende que “a redução da aplicação pelo artigo 413 é estranha às arras [...] o controle da cláusula penal pode ser feito *ex post*, quando da produção dos efeitos, mas no caso das arras, a transferência já ocorreu, as arras já produziram efeito e fica descabido o controle judicial”.

Marcelo Matos Amaro da. *Da cláusula penal e sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do Direito português e brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019. p. 199).

⁵⁰⁵ SIMÃO, José Fernando. Estrutura e função das arras na alienação de bens imóveis. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021. p. 20.

2.5 Cláusula *hardship* e o dever contratual de renegociação contratual

Não há dúvida que o transcurso do tempo é um elemento relevante ao estudo do risco contratual. Na hipótese de um contrato empresarial, ainda que os contratantes possam ser partes capacitadas, cautelosas e não vulneráveis, diversos fatores podem dificultar o cumprimento das obrigações quando o negócio jurídico se prolonga no tempo.

Nesse sentido, para que as partes possam se precaver de tais riscos e incertezas, podem pactuar cláusula com o escopo de viabilizar a continuidade do cumprimento do contrato caso ocorra uma situação que dificulte a execução do contrato por uma das partes.

Segundo Antônio Pinto Monteiro⁵⁰⁶, são cláusulas *hardship*⁵⁰⁷ “aquelas que estabelecem um dever de renegociar um contrato quando ocorre uma modificação substancial das circunstâncias, modificação suscetível de afetar o equilíbrio global do contrato”⁵⁰⁸. O escopo da cláusula é o de manter o equilíbrio das prestações.

A cláusula *hardship* impõe às partes um dever *contratual* de renegociar (prestação de *facere*), estabelecido em razão do exercício da autonomia privada. Assim, segundo Francisco Pereira Coelho⁵⁰⁹, “substitui-se assim a via da resolução/modificação do negócio por esse dever de renegociação, que será tentado preferencialmente e só em caso de esta falhar é que se passará, em via subsidiária, para as soluções alternativas da modificação ou da resolução do contrato”.

Segundo Mariana Fontes da Costa⁵¹⁰, a cláusula *hardship* tem três precípuas funções:

⁵⁰⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade. In: _____ (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 14.

⁵⁰⁷ A expressão ‘hardship’ faz alusão às dificuldades com que as partes se podem deparar na execução de um contrato.

⁵⁰⁸ Para José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo “[...] as cláusulas de *hardship* preveem a renegociação pelas partes dos termos contratuais, quando a execução houver se tornado útil ou demasiado onerosa para uma delas, em vista das modificações imprevistas de circunstâncias”. (COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 633).

⁵⁰⁹ COELHO, Francisco Pereira. Contratos petrolíferos: riscos específicos e soluções típicas. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 206.

⁵¹⁰ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 254-255.

(i) a aposição de uma cláusula de *hardship* no contrato é uma demonstração explícita de que as partes contratantes estão dispostas a aceitar a revisão do negócio se determinadas circunstâncias posteriores, delimitadas na cláusula tornarem o cumprimento excessivamente oneroso ou difícil para qualquer uma delas [...]; (ii) em segundo lugar, a cláusula de *hardship* desempenha uma função de desacomodação da distribuição de riscos entre as partes, criando um potencial de distribuição de riscos extraordinários que, de outro modo, recairiam exclusivamente sobre o contratante lesado pela alteração das circunstâncias; (iii) por fim, a cláusula de *hardship* constitui [...] uma *self tailored rule* que permite às partes regularem os efeitos que pretendem atribuir a uma eventual alteração superveniente das circunstâncias de modo mais preciso e melhor adaptado aos seus interesses do que eventualmente as soluções supletivas consagradas pelos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais⁵¹¹.

Embora as partes possam, objetivamente, declarar quais as circunstâncias em que são obrigadas a renegociar (ex.: num contrato de construção, quando o preço dos insumos subir acima de determinado percentual, a ocorrência de um determinado fenômeno natural, a ocorrência de uma pandemia e assim por diante), é comum ser firmada em caráter mais genérico⁵¹², ou seja, determinando que as partes estão sujeitas à renegociar quando uma delas

⁵¹¹ Em sentido próximo, Judith Martins-Costa atribui quatro funções. Adicionalmente àquelas já referidas por, Mariana Fontes da Costa, adiciona a função de impedir a resolução do contrato. “[...] são imputadas à cláusula quatro funções: (a) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato, impedindo que o princípio da intangibilidade do pactuado conduza a um rigor excessivo no momento da execução contratual; (b) atuar como meio de repartição, entre os contratantes, dos custos resultantes do evento superveniente e incerto, de modo que a etapa da renegociação permite às partes acordar sobre essa repartição dos ônus, por si mesmas, ou através de um terceiro, que a arbitrará; (c) impedir a extinção contratual devida à resolução por excessiva onerosidade de um contrato que ainda pode ser útil, atendendo aos mútuos interesses das partes; (d) encontrar um novo regime adaptado aos mútuos interesses (*self tailored rule*), viabilizando-se, nos limites do princípio da atipicidade contratual (art. 425 do CC/2002), uma reorganização do pactuado, sendo essa, precipuamente, a função ‘adaptativa’ da autonomia privada”. (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 25. abril-junho de 2010. p. 14).

⁵¹² Como exemplo de cláusula *hardship* genérica “se a situação geral em vigor no momento da conclusão do contrato sofrer modificações importantes que produzam a uma das partes uma desvantagem considerável que não se pode exigir-lhe suportar, os contratantes se obrigam a adaptar as condições do contrato à nova situação, de modo equitativo para ambos”. Exemplo disponível em: PIGNATTA, Francisco. A cláusula *hardship* nos contratos internacionais, o direito brasileiro e a Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG). *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 219. Algumas Câmaras Arbitrais possuem modelos de cláusulas a serem utilizados pelas partes. A *International Chamber of Commerce*, por exemplo, sugere a seguinte cláusula: “A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that it could not

alegar a presença de um fato que acabou onerando excessivamente o cumprimento do pacto⁵¹³.

Normalmente essas cláusulas desdobram-se em dois momentos. Em um *primeiro* momento, procura-se indicar quando é que surge ou se concretiza o dever de renegociar, ao passo que em um *segundo* momento, especifica-se o procedimento a empregar para a revisão do contrato e se explicitam as consequências do seu incumprimento ou, de modo mais geral o seu insucesso⁵¹⁴. Nesse procedimento, as partes podem fixar condutas específicas para a renegociação tais como estabelecimento de calendário do processo negocial, imposição de elaboração de pareceres, relatórios ou orçamento, dentre outras medidas⁵¹⁵.

Como bem adverte Mariana Fontes da Costa, “o cumprimento da obrigação de negociar não se afere, como já referimos, pela obtenção de um resultado, mas pelo mero comportamento assumido”. É dever da parte que não sofreu as consequências da alteração de circunstâncias não fugir à renegociação e renegociar de acordo com a boa-fé. Alguns autores falam, inclusive, que firmada a cláusula *hardship* há um dever de a parte que não sofreu as consequências da alteração aceitar propostas equilibradas, ou seja, propostas que tanto quanto possível compensem a parte lesada da perda sofrida, e no mesmo passo lhe garanta lucro proporcional de acordo com os termos contratuais inicialmente estabelecidos⁵¹⁶.

reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract”. (ICC International Chamber of Commerce. *ICC Force Majeure Clause 2003/ICC Hardship Clause 2003*. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>. Acesso em: 16 abr. 2021).

⁵¹³ A respeito das vantagens e desvantagens de determinações genéricas ou específicas na cláusula *hardship* Mariana Fontes da Costa afirma que a formulação genérica “[...] por um lado, reforça a operatividade da cláusula ao reduzir a margem de indeterminação das circunstâncias às quais se aplica, por outro corre o risco de deixar sem reposta convencional regras de grave desequilíbrio contratual por ocorrência externas às partes”. (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 258).

⁵¹⁴ MONTEIRO, António Pinto. O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade. In: _____ (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 15.

⁵¹⁵ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 272.

⁵¹⁶ COELHO, Francisco Pereira. Contratos petrolíferos: riscos específicos e soluções típicas. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 207.

A recusa em negociar, segundo Judith Martins-Costa⁵¹⁷, caracteriza culpa contratual. E mais do que isso. O inadimplemento também será verificado se a negociação não observar o princípio da boa-fé, ou seja, se a negociação conduzida por uma das partes for “renitente e destituída de lealdade contratual que, no mais das vezes, é um mal-disfarçado expediente protelatório”. Segundo a autora, “agindo deslealmente, o contratante a quem beneficia a situação de *hardship* só aparentemente acede em negociar, mas, na realidade, não pretende chegar a bom termo ou faz proposições irrazoáveis, assim criando impasses a um acordo”. Nesses casos, também haverá culpa contratual, com fundamento no artigo 422, do Código Civil.

Questão que pode ensejar alguma dúvida é saber se as partes podem suscitar o dever contratual de renegociação não apenas quando decorrer de fatos imprevisíveis, mas, também previsíveis. Judith Martins-Costa⁵¹⁸, assim como outros autores⁵¹⁹, entende ser possível acionar a cláusula *hardship* para situações previsíveis, mas desde que a situação seja relevante e substancial⁵²⁰.

Ademais, segundo os Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais⁵²¹, a relevância e substancialidade do fato também é requisito para que o *hardship* seja suscitado

⁵¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 25. abril-junho de 2010.

⁵¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 25. abril-junho de 2010. p. 14.

⁵¹⁹ Nesse sentido: GOMES, Julio. Cláusulas de *hardship*. In: MONTEIRO, António Pinto (org.). *Contratos, actualidade e evolução*: Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro. Porto: UCP, 1997; FRIGNANI, Aldo. La ‘*hardship* clause’ nei contratti internazionali. *Rivista di Diritto Civile*. Ano 25. Padova, 1979; AQUINO, Leonardo Gomes de. *As particularidades conceituais da cláusula de hardship*. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/handle/11328/1086>. Acesso em: 16 abr. 2021; e COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 260.

⁵²⁰ Segundo Francisco Pereira Coelho, as partes também podem firmar ‘cláusulas de revisão ou renegociação’, para impor uma *genérica* obrigação de renegociar, independentemente de haver ‘alterações substanciais, mas, sobretudo, após o decurso de um certo prazo de tempo. Assim, nos contratos petrolíferos, é comum à companhia petrolífera, todos os anos, redigir e propor à empresa estatal “um programa de trabalho e orçamento de pesquisa”; ou cláusula segundo a qual, ocorrendo nova “descoberta comercial” a companhia petrolífera deve rever o programa e sujeitá-lo também à aprovação do contratante público. Ainda no âmbito dos contratos petrolíferos, as partes também podem firmar ‘cláusulas de adaptação’ em que, de modo preciso, as partes estipulam os termos do reajustamento do conteúdo contratual a uma determinada alteração do montante da renda, dos *royalties*, da taxa, da quantidade de petróleo, etc. A adaptação é automática e já fixa os exatos termos do reajustamento do contrato, retirando das partes a faculdade de se prevalecer a cláusula *hardship*’. (COELHO, Francisco Pereira. *Contratos petrolíferos: riscos específicos e soluções típicas*. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 208).

⁵²¹ A respeito da cláusula *hardship* e os princípios UNIDROIT, vide DOUDKO, Alexei G. *Hardship in contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia*. *Uniform Law Review*.

pela parte que se vê em desvantagem. Assim, além de um fato que altere “fundamentalmente o equilíbrio do contrato”, também há necessidade que (a) os fatos ocorram ou se tornem conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato; (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem⁵²². Assim, ainda que previsível, se nenhuma das partes assumiu o risco⁵²³ pela superveniência daquele fato relevante, o *hardship* está presente.

Como se nota, a cláusula *hardship* é um relevante mecanismo de gestão de risco nos contratos, sobretudo naqueles de longa duração. Nos contratos cujos riscos são identificados com maior dificuldade, em vez de os contratantes investirem em estudos dispendiosos para o descobrimento de riscos imprevisíveis, podem simplesmente declarar a obrigação de as partes renegociarem quando circunstâncias não previsíveis (ou previsíveis) forem verificadas ao longo do cumprimento contratual.

Ao estabelecerem o dever contratual de renegociar, as partes impedem que os contratantes busquem, imediatamente, uma solução judicial ou arbitral para a modificação ou resolução do contrato. As partes, portanto, estão sujeitas à renegociação e, sendo a proposta sugerida por um dos contratantes pautada na boa-fé e passível de manter a base do

vol. 5. agosto de 2000. p. 483-509. Disponível em: <https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/5/3/483/1652979> Acesso em: 19 abr. 2021.

⁵²² Tradução livre do artigo 6.2.2 dos Princípios UNIDROIT 2016. Na versão original e em inglês: “There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party”. (UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em: 16 abr. 2021).

⁵²³ Ao comentar o artigo 6.2.2, a publicação oficial dos Princípios UNIDROIT diz “[...] não pode haver *hardship* se a parte desfavorecida assumiu o risco da mudança nas circunstâncias. A palavra ‘assunção’ deixa claro que os riscos não precisam ter sido assumidos expressamente, mas que isso pode decorrer da própria natureza do contrato. Considera-se que a parte que celebra uma transação especulativa aceita um certo grau de risco, mesmo que não tenha plena consciência desse risco no momento da celebração do contrato”. No original: “[...] there can be no hardship if the disadvantaged party had assumed the risk of the change in circumstances. The word ‘assumption’ makes it clear that the risks need not have been taken over expressly, but that this may follow from the very nature of the contract. A party who enters into a speculative transaction is deemed to accept a certain degree of risk, even though it may not have been fully aware of that risk at the time it entered into the contract.” (UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em: 16 abr. 2021).

contrato, o outro contratante que não aceitar a renegociação de forma imotivada poderá dar ensejo a descumprimento de contrato.

Embora não seja objetivo deste trabalho, não se ignora que, atualmente, há discussão doutrinária bastante acalorada a respeito de um suposto dever de renegociar que não decorre apenas de cláusula contratual firmada pelas partes, mas com fundamento na boa-fé objetiva, tal como defende Anderson Schreiber⁵²⁴. Embora a tese defendida por Anderson Schreiber seja muito bem construída, boa parte da doutrina nacional a contesta e, nesse sentido, cite-se Judith Martins-Costa⁵²⁵.

A tese do dever de renegociar decorrente de princípios contratuais ganha maior relevo em razão das consequências advindas da pandemia nos contratos de trato sucessivo.

⁵²⁴ Segundo o autor, “O dever de renegociar exsurge, assim, como um dever anexo ou lateral de comunicar a outra parte prontamente acerca de um fato significativo na vida do contrato – seu excessivo desequilíbrio – e de empreender esforços para superá-lo por meio da revisão contratual. Como dever anexo, o dever de renegociar integra o objeto do contrato independentemente de expressa previsão das partes”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2020. p. 433). Também acolhendo a ideia de um dever de renegociar, Thiago Rodovalho assevera que “[...] o dever de renegociação contratual pode surgir [e somente assim o surge] quando desaparecida ou substancialmente modificada a base objetiva sobre o qual o negócio jurídico foi edificado, a fim de neutralizar os efeitos dessa perturbação ao contrato e restabelecer o originalmente acordado entre as partes, é dizer, restabelecer o equilíbrio ‘original’ do sinalagma. (RODOVALHO, Thiago. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Diretor: Fernando Araújo. Ano 1. 2015. n. 6. p. 1.620).

⁵²⁵ “[...] Com todo o imenso respeito que tenho aos colegas que sustentam diferentemente, penso não ser possível deduzir do art. 422 do Código Civil um dever geral de renegociar. Há duas ordens de razão para o meu pensamento. A primeira é que o princípio da boa-fé, tal qual posto no art. 422, é fonte de um dever de colaborar *para com o adimplemento do contrato* e não para *refazer o contrato*. Há um caráter finalístico e imediato da ligação entre o princípio e o adimplemento satisfativo do contrato como pactuado. É claro que, sem afastar esse dever legal, as partes podem pactuar a mútua colaboração para o atingimento de fins específicos, por exemplo, para atuarem em vista do ‘completamento’ de um contrato incompleto, mas, neste caso, não estaremos falando de um dever legal, mas de um dever contratual. As partes podem considerar mais conveniente aos seus mútuos interesses não minudenciar *ex ante* todas as particularidades da conduta devida, então estabelecendo obrigações genéricas (como um dever de melhores esforços ou um dever de agir segundo a boa-fé para o alcance de tal ou qual ato), e detalhando a conduta no curso da execução contratual. Estas hipóteses não se confundem com um dever *legal* de renegociar as bases contratuais, mas configuram um dever contratual de ajustamento, ou completamento, conforme o caso. A segunda razão, é que lidar com o Direito implica a arte de fazer distinções. Há contratos em que o estabelecimento de um dever de renegociar poderia, eventualmente, ser oportuno e desejável, desde que a regra legal impositiva desse dever também trouxesse critérios e requisitos tecnicamente bem definidos e os tipos de contrato em que esse dever incidiria. Penso em contratos duradouros, que estabelecem um intenso vínculo de pessoalidade entre as partes; ou em contratos de organização, para-associativos ou mesmo nos chamados ‘contratos existenciais’, atinentes a necessidades essenciais da pessoa humana, como a moradia. Em outros contratos, diferentemente, em que a contraposição de interesses é evidente, como na compra e venda, a imposição por lei de um tal dever poderia ser até mesmo disfuncional ao tipo. Igualmente, penso num contrato de mandato com um advogado, fundado em um vínculo tão intensamente fiduciário: caberia *obrigar* as partes, *ex vi legis*, a uma renegociação?”. (MARTINS-COSTA, Judith. Entrevista concedida a Karina Nunes Fritz. Coluna *German Report*. Publicada em 02/06/2020. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/328102/entrevista--judith-martins-costa>. Acesso em: 15 jul. 2021).

Nesse sentido, alguns autores italianos⁵²⁶ defendem a ideia de uma alteração no Código Civil italiano para determinar o dever de renegociação nos contratos, tal como outras legislações assim já o preveem (nesse sentido, vide o Código Civil Francês, art. 1.195 e o Código Civil Romeno, art. 1.271). Todavia, como bem ressaltado por Alberto Cinque⁵²⁷, enquanto não há alteração legislativa, compete ao intérprete respeitar a vontade do legislador italiano que, por seu turno, não acolheu a ideia de um dever de renegociar⁵²⁸.

⁵²⁶ Segundo Vincenzo Cuffaro, “[...] Embora esta possibilidade permaneça ligada à vontade concreta dos contratantes e à escolha do inquilino de rescindir o contrato, coloca-se a questão de saber se a situação excepcional não pode constituir uma oportunidade para implementar a ideia, até então confiada às reflexões da doutrina e no projeto de lei apresentado pelo Governo no ano passado, introduzir no sistema do Código uma regra geral que nos contratos de duração imponha a renegociação das condições contratuais em presença de contingências excepcionais e imprevisíveis. Por outro lado, constituindo esta regra uma expressão do princípio mais geral de boa-fé que supervisiona as relações contratuais, permaneceria por esta via a possibilidade de um escrutínio de situações concretas a fim de evitar possíveis abusos por parte do inquilino”. No original: “Mentre tale possibilità resta dunque legata alla concreta volontà dei contraenti ed alla scelta del conduttore di sciogliere il contratto, vien fatto di chiedersi se la situazione eccezionale non possa costituire l’occasione per dare attuazione all’idea, sinora affidata alle riflessioni della dottrina ed al progetto di disegno di legge delega presentato l’anno scorso dal Governo, di introdurre nel sistema del Codice una regola generale che nei contratti di durata imponga la rinegoziazione delle condizioni contrattuali in presenza appunto di sopravvenienze eccezionali e imprevedibili. D’altra parte, costituendo tale regola espressione del più generale principio di buona fede che sovrintende i rapporti contrattuali, resterebbe per questa via salda la possibilità di uno scrutinio delle situazioni concrete al fine di evitare i possibili abusi da parte del conduttore”. (CUFFARO, Vincenzo. *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffrè Lefebvre, 2020. Emergenza Covid-19. Speciale. n. 1, p. 236). Ainda a respeito do tema, vide FORNASARI, Riccardo. *Soppravvenienze e contratto dopo il COVID-19: problemi di contenuto e di método*. *Contratto e impresa*. Anno XXXVI. n. 4. 2.020. p. 1.682 e seguintes.

⁵²⁷ Segundo o autor “[...] no discurso do legislador, de fato, a previsão do único remédio da resolução na presença de fatos supervenientes, excepcionais e imprevisíveis, que tenham determinado uma excessiva onerosidade da prestação de um contrato sinalagmático, com execução continuada ou periódica, é o resultado de uma escolha precisa de política legislativa que o intérprete, embora movido pela convicção de que a preservação e adaptação do contrato respondem mais à lógica da eficiência ou da justiça substancial, é obrigado a respeitar. Na verdade, ele não pode inferir de princípios - senão de valores - remédios diferentes que resultam em conflito com o ditame normativo”. Tradução livre. No original: “[...] nel discorso del legislatore, infatti, la previsione del solo rimedio della risoluzione in presenza di fatti sopravvenuti, eccezionali e imprevedibili, che abbiano determinato un’eccessiva onerosità della prestazione di un contratto sinallagmatico, ad esecuzione continuata o periodica, costituisce il frutto di una precisa scelta di politica legislativa che l’interprete, per quanto mosso dalla convinzione che la conservazione e l’adeguamento del contratto rispondano maggiormente a logiche di efficienza o di giustizia sostanziale, è tenuto a rispettare. Egli non può, infatti, desumere da principi - se non addirittura da valori - remedi diversi che risultano in contrasto con il dettato normativo”. CINQUE, Alberto. *Soppravvenienze contrattual e rinegoziazione del contratto*. *Contratto e impresa*. Anno XXXVI. n. 4. 2.020. p. 1.721. Ainda a respeito do tema, vide SIRGIOVANNI, Benedetta. *Revisione del contratto al tempo del COVID-19*. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni*. Ano CXIX, 2020. n. 1. p. 71 a 94.

⁵²⁸ O debate a respeito do dever de renegociação também é realizado em Portugal. Segundo Ana Perestrelo de Oliveira e Madalena Perestrelo de Oliveira “[...] caso a pandemia Covid-19 acarrete, numa relação contratual, um desajustamento do equilíbrio genético, pode justificar-se um dever de renegociação do contrato. É um dever que surge como manifestação do dever de boa-fé na execução do contrato e que impede um comportamento passivo perante a tentativa da contraparte de adaptar o contrato a circunstâncias modificadas, obrigando à efetiva renegociação da obrigação”. (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Resolução parcial, dever de renegociar e modificação contratual em contexto de Covid-19*. *Revista de Direito Civil*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano V (2020). Número 3. Diretor: António Menezes Cordeiro. p. 558). A respeito do tema, Menezes Cordeiro admite o dever de renegociação em “situações-limite”, qualificando-o como “puro dever procedimental”. Suscitando os benefícios da renegociação, o autor assevera que “(...) acalma as partes, obriga-as a procurar soluções racionais e opera — ou pretende operar —

Ao final, a propósito da cláusula *hardship*, também é relevante tratar da cláusula de força maior ou *force majeure*. Segundo Francisco Pereira Coelho⁵²⁹, referida cláusula permite aos contratantes delimitar as hipóteses de força maior, como ainda os caminhos possíveis no caso de ocorrerem tais hipóteses. Trata-se de relevante instrumento de gestão do risco contratual porque, segundo Marco Fábio Morsello⁵³⁰, “determinam previamente quais infortúnios serão assumidos por cada qual no bojo da execução do contrato”, além de especificarem os eventos caracterizadores da força maior intrínseca⁵³¹. O mesmo autor⁵³², contudo, citando Christoph Brunner, diferencia a cláusula *hardship* da cláusula de força maior, dizendo que enquanto a primeira diz respeito a possibilidade de cumprimento do contrato, ainda que sejam necessárias modificações no contrato, a excludente de força maior é atrelada aos casos de descumprimento contratual, eximindo o devedor das consequências do inadimplemento.

como a construção de um quadro de bom-senso em que se salve o que possa ser salvo”. (MENEZES CORDEIRO, António. O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de ‘situação económica difícil’. In: SERRA, Catarina (coord.). *II Congresso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 11-68). Catarina Monteiro Pires, a seu turno, assevera que “não existe um dever de acordar em certo sentido, mas pode resultar das exigências da boa-fé (cf. art. 762º, nº 2) – e, de um ponto de vista prático, da conveniência das próprias partes em determinar o sentido do reequilíbrio ou da adaptação contratual – a necessidade de as partes envidarem esforços de negociação, pautados pelos padrões éticos comuns, não devendo, porém, esta exigência ir além de uma participação no processo de negociação”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 35). A autora também trata a respeito do tema em PIRES, Catarina Monteiro. Efeitos da alteração das circunstâncias. *O Direito*. 145º. 2013. p. 181 e seguintes.

⁵²⁹ COELHO, Francisco Pereira. Contratos petrolíferos: riscos específicos e soluções típicas. In: MONTEIRO, António Pinto (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 210.

⁵³⁰ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 281.

⁵³¹ Ao tratar da força maior, Marco Fábio Morsello afirma que a força maior *intrínseca* pode ser definida “[...] como aquela que se insere na esfera de controle do devedor, cuja responsabilidade envolve a organização de sua atividade e a adoção de medidas para sua consecução”, enquanto a força maior *extrínseca* pode ser compreendida como “[...] fato inevitável, irresistível, extrínseco e, por via de consequência, estranho à organização empresarial ou terceirizada do negócio do devedor, sem, portanto, qualquer vínculo com a empresa. Emerge, e.g., a noção de inevitabilidade, correlacionada com fatos da natureza insuperáveis pelo atual estado da técnica; exige-se, para configuração da força maior extrínseca, a despeito da previsibilidade ou imprevisibilidade do evento danoso, a inevitabilidade no período anterior de sua ocorrência, ainda que com o emprego de adequadas técnicas e medidas de precaução e prevenção; a irresistibilidade durante o evento; e, por derradeiro, a impossibilidade de cumprimento da obrigação após o evento danoso, que se torna inexigível”. (MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 186-187).

⁵³² MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 284.

2.6 Cláusula contratual de limitação e exclusão de responsabilidade civil

A discussão inicial diz respeito à terminologia da cláusula. Antônio Junqueira de Azevedo⁵³³ criticou o termo ‘cláusula de irresponsabilidade’. Segundo o autor, trata-se de expressão imprópria “porque a liberação, contratualmente obtida, é da indenização – não havendo propriamente, admissão de irresponsabilidade”⁵³⁴.

Ocorre que diversas obras de referência na matéria, de autoria de renomados autores, são intituladas como ‘cláusula limitativa e de exclusão da *responsabilidade civil* ou *responsabilidade contratual*’. Cite-se, a esse exemplo, o trabalho de António Pinto Monteiro⁵³⁵ e Ana Prata⁵³⁶.

A confusão pelo termo ‘cláusula de não indenizar’ é ainda maior porque, em alguns casos, o texto legal passa a ideia de que as partes poderiam excluir propriamente a responsabilidade e não apenas o dever de indenizar. Atentemo-nos, por exemplo, ao caso da evicção. O Código Civil (art. 448) expressamente permite que as partes possam “excluir a responsabilidade pela evicção”.

Nesses termos e como bem ressaltado por António Pinto Monteiro⁵³⁷, nada obsta que as partes firmem cláusula para restringir os fundamentos ou pressupostos da responsabilidade civil, acordando as partes, por exemplo, que o devedor só responderá no caso de ter agido com *dolo* ou culpa grave, eximindo-se da responsabilidade quando há culpa

⁵³³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201.

⁵³⁴ Fábio Henrique Peres, em sentido próximo, prefere qualificá-la como ‘cláusula contratual de limitação e exclusão do *dever de indenizar*’. (PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludente e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 55). Peres justifica sua opção a partir das lições de José de Aguiar Dias. Segundo Aguiar Dias “ninguém pode deixar de ser responsável, porque a responsabilidade corresponde, em ressonância automática, ao ato ou fato jurídico. Produzido este, a responsabilidade do agente a quem se liga será uma realidade. A cláusula não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não se elimina o eco. O que se afasta é a obrigação derivada da responsabilidade, isto é, a reparação”. (AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 38).

⁵³⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

⁵³⁶ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.

⁵³⁷ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. p. 106.

leve⁵³⁸. Assim, não nos parece incorreto tecnicamente intitular a cláusula ora em estudo como ‘cláusula de não indenizar’.

Não obstante, é o próprio Pinto Monteiro quem destaca que a cláusula de limitação ou exoneração de responsabilidade não funciona como uma permissão para o credor inadimplir a obrigação⁵³⁹. Esse não pode ser o objetivo dos contratantes. O escopo da cláusula, em verdade, é gerir o risco em caso da necessidade de indenizar. Em diversos contratos, sobretudo naqueles cujos riscos são mais facilmente conhecidos, é possível que os contratantes tenham interesse em prever a cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade. Como bem destacado por Arnaldo Wald⁵⁴⁰, tal cláusula se faz presente em “instrumentos de cooperação bilateral, e é atualmente muito utilizada em contratos de engenharia e construção, em razão dos riscos envolvidos e em decorrência da perspectiva de pagamento de vultosas indenizações, cláusula essa cuja inexistência poderia inviabilizar os negócios”.

Antes de tratarmos das cláusulas que possibilitam a *limitação* ou *exclusão* da responsabilidade civil, abordemos as cláusulas que permitem o agravamento de tal dever.

Segundo Wanderley Fernandes⁵⁴¹ “as cláusulas de agravamento são em geral aceitas, ficando a questão de sua validade limitada a algumas circunstâncias, em particular quando o inadimplemento ou cumprimento imperfeito do contrato pelo devedor decorre de comportamento do próprio credor”.

⁵³⁸ “[...] Estipulada esta cláusula, o credor não poderá, pois, vir a exigir indemnização no caso de o devedor ter actuado com culpa leve. O que significa, afinal, que esta cláusula *limitativa* – porque limitativa dos fundamentos de responsabilidade, *rectius*, do *grau de culpa* do devedor – acaba por traduzir-se, na prática, numa cláusula de *exclusão por culpa leve*, exonerando o devedor sempre que o incumprimento não lhe seja imputável por dolo ou culpa grave”. (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. p. 106-107).

⁵³⁹ “Na verdade, incorre-se num equívoco ao conferir a esta cláusula o efeito de permitir o não cumprimento da obrigação. Não é esta, contudo, a sua finalidade [...]. Com a celebração do contrato, as partes *vinculam-se*, obrigam-se ao cumprimento dos deveres assumidos. Mas, ao mesmo tempo, ao acordarem na exclusão da responsabilidade, afastam a indenização que seria devida ao credor por um eventual não cumprimento (ou cumprimento defeituoso) [...] A função da cláusula de irresponsabilidade é apenas, numa palavra, de restringir ou limitar a sanção pelo não cumprimento (*latu sensu*) das obrigações emergentes do contrato, ao nível da respectiva indemnização, sem interferir, porém, com a exigibilidade dessas obrigações, que continua a justificar-se pelos factos de as partes, ao celebrar o negócio, pretenderem que os efeitos práticos sejam juridicamente vinculativos.” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014. p. 186-189).

⁵⁴⁰ WALD, Arnaldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. vol. 4. p. 138. São Paulo: RT, jul.-set. 2015.

⁵⁴¹ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

Como exemplo de cláusula que permite o agravamento do dever de indenizar, cite-se o art. 393, do Código Civil⁵⁴². Como se nota, regra geral, o devedor *não* responde nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, todavia, se as partes pactuarem de forma diversa, o devedor pode se responsabilizar mesmo em tais circunstâncias.

Assim, é possível determinar no contrato a exclusão da greve como evento liberatório da responsabilidade. Até porque a greve pode ser motivada pelo descumprimento de obrigações trabalhistas da própria parte. Mas, segundo Wanderley Fernandes⁵⁴³, mesmo que a greve tenha cunho político ou mesmo motivada por solidariedade entre integrantes de determinada categoria profissional, nada obsta que as partes aloquem o risco de sua ocorrência para o devedor, ainda que o evento possa ser qualificado como irresistível⁵⁴⁴.

Pois bem. Se a cláusula de agravamento da responsabilidade civil é aceita, também deve ser válida a cláusula que limita ou, em alguns casos, até exclui a responsabilidade civil (ou o dever de indenizar). Naturalmente, os requisitos de validade da cláusula devem ser observados, bem como os limites impostos pela lei.

António Pinto Monteiro⁵⁴⁵ define as cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade civil como “estipulações negociais destinadas a excluir ou limitar, em certos termos, mediante acordo prévio das partes, a responsabilidade em que, doutra forma, o devedor incorreria, pelo não cumprimento (cumprimento defeituoso ou mora) das suas obrigações”⁵⁴⁶.

⁵⁴² “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

⁵⁴³ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

⁵⁴⁴ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101. Outra hipótese de agravamento da responsabilidade seria transformar uma obrigação de meio em resultado. Citem-se as hipóteses das empresas que fazem gerenciamento de obra. Nesses contratos, regra geral, a obrigação é de meio (gerenciar o bom andamento da obra). Nada obsta, entretanto, que as partes decidam transformar a obrigação de meio em resultado, ou seja, a empresa poderá, além de gerenciar a obra, garantir a entrega em perfeita ordem.

⁵⁴⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. p. 100.

⁵⁴⁶ Wanderley Fernandes, por seu turno, por seu turno, define as referidas cláusulas como “convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização”. (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112-113).

Como se nota, o objetivo da cláusula que exonera ou limita a responsabilidade civil é permitir aos contratantes, mesmo responsáveis pelo dano causado, não serem obrigados a reparar ou limitar o dever de indenizar, porque convenção contratual assim permitiu⁵⁴⁷.

O ordenamento civil brasileiro (assim como de outros países), permite às partes (com alguns limites) preverem a cláusula de exoneração ou limitação da responsabilidade civil. Contudo, contrariamente a alguns ordenamentos (a exemplo da Itália⁵⁴⁸ e Portugal⁵⁴⁹), o Código Civil brasileiro não possui uma regra geral a respeito da matéria⁵⁵⁰.

Embora não possua uma regra geral, o Código Civil brasileiro possui regras específicas para a limitação ou exclusão da responsabilidade. Cite-se, por exemplo, como já referido anteriormente, a possibilidade de limitação ou exclusão da responsabilidade pela evicção⁵⁵¹. Atente-se, como advertido anteriormente, que o Código Civil permite às partes não apenas agravar ou diminuir a responsabilidade pela evicção, mas, também, excluí-la⁵⁵².

A cláusula de exclusão de responsabilidade também está prevista nos contratos de transporte (art. 734, do Código Civil)⁵⁵³. Embora o *caput* do dispositivo não permita a

⁵⁴⁷ Segundo Fábio Henrique Peres, as cláusulas de exclusão ou limitação do dever de indenizar “[...] visam, assim, garantir uma maior segurança, tanto negocial como jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os possíveis encargos decorrentes de eventuais danos. Permitem, inclusive, a realização de cálculos matemáticos e projeções no sentido de quantificar os riscos financeiros envolvidos em determinada situação preestabelecida, cuja previsibilidade anterior muitas vezes pode ser determinante na decisão empresarial. Dessa forma, ao estabelecer regras de redistribuição, na forma pretendida pelas partes, dos eventuais prejuízos materiais decorrentes de determinada relação preestabelecida, as cláusulas de não indenizar podem servir de verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando a atividade produtiva”. (PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludente e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 44).

⁵⁴⁸ Código Civil italiano: “Art. 1229 Clausole di esonero da responsabilità: E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. E' nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

⁵⁴⁹ Código Civil português: “Art. 800, n. 2: A responsabilidade pode ser convencionada excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por norma de ordem pública”.

⁵⁵⁰ Atente-se contudo, que o Projeto do Código de Obrigações de 1964, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira, possuía a seguinte propositura: “Art. 924: A cláusula de não indenizar somente prevalecerá se for bilateralmente ajustada, e não contrariar lei expressa, a ordem pública e os bons costumes, e nem tiver por objeto eximir o agente dos efeitos do seu dolo”.

⁵⁵¹ Segundo o art. 448: “Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”.

⁵⁵² A exclusão da responsabilidade pela evicção, contudo, possui a ressalva do art. 449. Segundo tal dispositivo, “Não obstante a cláusula que exclui a responsabilidade pela garantia, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção ou, dele informado, não o assumiu”.

⁵⁵³ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, *sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade*. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de *fixar o limite da indenização*.

exclusão da responsabilidade⁵⁵⁴, o parágrafo único admite a limitação ao dever de indenizar. O Código Brasileiro de Aeronáutica⁵⁵⁵, no mesmo sentido, também possui dispositivos que permitem limitações ao dever de indenizar por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte, sem autorizar a exoneração da responsabilidade^{556 557}.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 25, é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar. No mesmo sentido, o art. 51, inciso I, considera nula de pleno direito a cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços⁵⁵⁸. A parte final do art. 51, I, contudo, permite “em situações justificáveis”, que o dever de indenizar possa ser limitado quando a relação de consumo for entre fornecedor e consumidor *pessoa jurídica*.

Embora a parte final do dispositivo disponha sobre tal exceção (que será abordada à frente), para a regra geral, ou seja, tratando-se de uma relação entre consumidores pessoas físicas e fornecedores, o Código de Defesa do Consumidor é claro ao considerar nula de pleno direito qualquer cláusula que exonere ou limite o dever de indenizar⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ Na mesma esteira é Súmula 161 do STF: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

⁵⁵⁵ Art. 246. A responsabilidade do transportador (artigos 123, 124 e 222, Parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (artigos 233, 234, § 1º, 245), está sujeita aos limites estabelecidos neste Título (artigos 257, 260, 262, 269 e 277).

Art. 247. É nula qualquer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite de indenização inferior ao previsto neste Capítulo, mas a nulidade da cláusula não acarreta a do contrato, que continuará regido por este Código (artigo 10).

Art. 248. Os limites de indenização, previstos neste Capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos”.

⁵⁵⁶ Segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy, nos contratos de transporte, “[...] não se veda a cláusula de limitação de responsabilidade desde que, por um lado, não se preste a burlar a vedação da exclusão, e por outro, com especial cautela nas relações desiguais, usada a fim de verificar se sua previsão decorre de consenso e não de imposição”. (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. In: PELUSO, Antônio Cezar (org). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Manole, 2019. p. 747).

⁵⁵⁷ Questão controversa é saber se, havendo relação de consumo, poderia haver regra limitando indenizar o consumidor para o descumprimento decorrente de contrato de transporte. Nesse caso, como se sabe, não se aplica o Código Civil, mas, sim, o Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁵⁸ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. *Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis*;

⁵⁵⁹ Segundo Wanderley Fernandes: “[...] nas relações de consumo, a renúncia de direitos, sejam eles de natureza do negócio ou não, e as cláusulas de limitação ou de exoneração de responsabilidade serão nulas, tanto em contrato por adesão quanto em contratos negociados livremente. Nas relações fora do universo consumerista, as partes terão a liberdade de pactuação; porém, em se tratando de contratos por adesão, referida liberdade não poderá comprometer os direitos próprios à natureza do negócio”. (FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 206).

Da leitura do Código de Defesa do Consumidor, a princípio, seria impensável imaginarmos que determinada companhia aérea poderia indenizar apenas parcialmente o consumidor em razão dos danos sofridos (extravio de bagagem com pertences valiosos, por exemplo) ou mesmo em caso de morte. Ocorre que a Convenção de Montreal (Decreto n. 5.910/2006)⁵⁶⁰, texto que substituiu a anterior Convenção de Varsóvia, contrariando o Código de Defesa do Consumidor, estabelece limites de indenização para o caso de morte ou lesão dos passageiros (art. 21), bem como em decorrência de danos advindos de atraso de bagagem (art. 22).

⁵⁶⁰ Artigo 21 – Indenização em Caso de Morte ou Lesões dos Passageiros

1. O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do Artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se prova que:

- a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou
- b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.

Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga

1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do Artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes.

5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções.

6. Os limites prescritos no Artigo 21 e neste Artigo não constituem obstáculo para que o tribunal conceda, de acordo com sua lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. A disposição anterior não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior.

Inicialmente, a jurisprudência inclinava-se no sentido de conferir aplicação preponderante do Código de Defesa do Consumidor às convenções internacionais⁵⁶¹, ou seja, inadmitindo qualquer limitação ao dever de reparar. Marco Fábio Morsello⁵⁶², especialista do tema, também defendia a preponderância do Código de Defesa do Consumidor perante o sistema de Varsóvia.

Ocorre que em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal, a partir do RE 636.331⁵⁶³, asseverou que as convenções internacionais têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor, tese reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em abril de 2018, a partir do REsp 1.341.364⁵⁶⁴. Assim, a jurisprudência brasileira, atualmente, permite a limitação da responsabilidade civil para os contratos de transporte, mesmo em relações de consumo.

Sem prejuízo da limitação do dever de indenizar em tais contratos, ao estudarmos a jurisprudência, também localizamos outros casos em que se permitiu a validade da cláusula

⁵⁶¹ Nesse sentido: RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação de indenização por danos materiais e morais. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação prevista nas Convenções de Varsóvia e Montreal que não prevalecem, ante a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva do transportador. Dano moral presumido. Prejuízo que decorre do simples fato da relação de consumo caracterizada. Sentença mantida. (TJSP; Apelação Cível 0132240-27.2012.8.26.0100; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/04/2013; Data de Registro: 30/04/2013). INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS – Extravio da bagagem do autor – As disposições do Código de Defesa do Consumidor prevalecem sobre a Convenção de Varsóvia – Inaplicabilidade da limitação da indenização – Os danos materiais restaram comprovados – O apelante decaiu de parte mínima do pedido, razão pela qual a ré deverá arcar com os ônus da sucumbência – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0115816-07.2012.8.26.0100; Relator (a): Carlos Alberto Lopes; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/06/2013; Data de Registro: 26/06/2013)

⁵⁶² Segundo o Autor: “[...] uma vez caracterizada a antinomia das normas do microsistema consumerista com o sistema de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica, as primeiras preponderam. [...] as regras que concretizam a defesa do consumidor evidenciam campo de aplicação escudado na função e não no objeto, ensejando, destarte, segmentação horizontal, de modo a afastar o critério de especialidade dos diplomas legais aeronáuticos, na medida em que, em sede de relações de consumo, quando restringidos os direitos do consumidor, justamente preponderarão sob este critério, as normas do microsistema mencionado”. (MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 406-407).

⁵⁶³ “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”, (RE 636331-RJ, Rel. Gilmar Mendes, j. 25.05.2017).

⁵⁶⁴ “Com efeito, e por dever de lealdade intelectual, não se desconhece que, antes do precedente vinculante, notadamente no tocante às relações de consumo, o entendimento que vinha prevalecendo no âmbito desta Corte era diverso, mas se baseava também em argumentos de natureza constitucional, implicitamente afastados pelo STF por ocasião do julgamento, pelo Plenário daquela Casa, do citado RE 636.331 [...] Dessarte, segundo entendo, mesmo em não se tratando de bagagem - isto é, de um conflito em relação de consumo, tal qual o solucionado no mencionado precedente vinculante da Suprema Corte - estando superados os fundamentos de índole constitucional para afastar a aplicação da Convenção de Montreal - e também o reconhecimento da existência de regra de sobredireito constitucional a prestigiar a observância aos tratados acerca de transporte internacional -, é inequívoco que a questão em debate é disciplinada por esse Diploma transnacional.” (REsp 1341364/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 05/06/2018).

que limita a responsabilidade civil, mesmo em relações de consumo. É o caso, por exemplo, do furto de joias depositadas em instituição financeira, tema sobre o qual, embora a jurisprudência não seja uníssona⁵⁶⁵, é majoritária ao afirmar que “nos contratos de aluguel de cofre, não é abusiva a cláusula que impõe limite aos valores e objetos que podem ser armazenados, sobre os quais incidirá a obrigação de segurança e proteção”⁵⁶⁶. Por outro lado,

⁵⁶⁵ Em nossa pesquisa, localizamos julgados que reputam lícita a cláusula que impede o consumidor depositar no cofre dinheiro ou joias e, assim, reconhecem a licitude na limitação do dever de indenizar: “RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE ALUGUEL DE COFRE - ROUBO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CLÁUSULA LIMITATIVA DE USO - ABUSIVIDADE - INEXISTÊNCIA - DELIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DOS DIREITOS E DEVERES DAS PARTES CONTRATANTES - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Os eventos "roubo" ou "furto", ocorrências absolutamente previsíveis, a considerar os vultosos valores mantidos sob a guarda da instituição financeira, que assume profissionalmente todos os riscos inerentes à atividade bancária, não consubstanciam hipóteses de força maior, mantendo-se, por conseguinte, incólume o nexo de causalidade existente entre a conduta negligente do banco e o prejuízo suportado por seu cliente; II - A cláusula limitativa de uso, assim compreendida como sendo aquela que determina quais seriam os objetos que poderiam (ou não) ser armazenados e sobre os quais recairiam (ou não) a obrigação (indireta) de segurança e proteção, não se confunde com a cláusula que exclui a responsabilidade da instituição financeira anteriormente mencionada. III - O contrato, ao limitar o uso do receptáculo posto à disposição do cliente, preceitua que a instituição financeira tem por obrigação zelar pela segurança e incolumidade do receptáculo posto à disposição do cliente, devendo ressarcir-lo, na hipótese de roubo ou de furto, os prejuízos referentes aos bens subtraídos que, por contrato, poderiam encontrar-se no interior do compartimento. Sobre os bens, indevidamente armazenados, segundo o contrato, não há dever de proteção, já que refoge, inclusive, do risco profissional assumido; IV - O Banco não tem acesso (nem ciência) sobre o que é efetivamente armazenado, não podendo impedir, por conseguinte, que o cliente infrinja os termos contratados e insira, no interior do cofre, objeto sobre o qual, por cláusula contratual (limitativa de uso), o banco não se comprometeu a, indiretamente, proteger. É de se ponderar, contudo, que, se o cliente assim proceder, deve arcar com as conseqüências de eventuais perdas decorrentes de roubo ou furto dos objetos não protegidos, não havendo falar, nesse caso, em inadimplemento contratual por parte da instituição financeira. Aliás, o inadimplemento contratual é do cliente que inseriu objeto sobre o qual recaía expressa vedação de guarda; V - Recurso Especial improvido. (REsp 1163137/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 03/02/2011). Em outro caso, discutiu-se a validade da limitação da responsabilidade civil em contrato em que também constava cláusula proibindo o consumidor de armazenar bens com valor superior a quinze mil reais (aduzindo a necessidade de contratação de seguro específico se o bem depositado tivesse valor superior). Embora a sentença tenha declarado referida cláusula nula, condenando a instituição financeira ao pagamento de quatrocentos mil reais, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso intentado pela instituição financeira: “[...] indevidamente armazenados bens de vultosos valores sem o conhecimento do banco, não há dever de proteção e de segurança. Foram infringidos os termos contratados e o réu não pode responder por aquilo que não se comprometeu a proteger. O inadimplemento contratual é atribuível diretamente ao cliente que, sem o conhecimento do apelante, inseriu no cofre objeto sobre o qual recaía expressa vedação de guarda.” Destaca-se, ainda, do julgado: “Não há afronta ao CDC (arts. 1º, 25 e 51, I), uma vez que a cláusula limitativa de uso contratada a fls. 28/29 do presente, assim compreendida como sendo aquela que determina quais seriam os objetos que poderiam (ou não) ser armazenados e sobre os quais recairiam (ou não) a obrigação de segurança e proteção, não se confunde com a cláusula que exclui, impossibilita ou atenua a responsabilidade da instituição financeira”. (TJSP; Apelação Cível 0149815-48.2012.8.26.0100; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 36ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2017; Data de Registro: 27/09/2017). Embora minoritários, há julgados em sentido contrário, ou sejam que reputam abusiva a cláusula que limita o uso ou a indenização em caso de roubo ou furto de cofre em agência bancária. Em julgado também proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi entendida abusiva cláusula que limita o tipo de bem a ser depositado no cofre, porque “não soa razoável nem compatível para quem oferece o serviço de cofre, em que, usualmente, são guardados objetos de valor elevado”. (TJSP; Apelação Cível 0145250-41.2012.8.26.0100; Relator (a): Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/07/2016; Data de Registro: 05/09/2016)

⁵⁶⁶ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/73. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ALUGUEL DE COFRE.

demonstrando que a questão efetivamente é controversa, há pouco tempo, a jurisprudência pacificou o entendimento de que é abusiva a cláusula de limitação de responsabilidade de roubo ou furto de bens empenhados em instituição financeira, como *garantia* para contratos bancários⁵⁶⁷.

Reitere-se que, à exceção de poucos casos, a regra geral estabelecida na Lei 8.078/90 é que, nas relações de consumo, são nulas as limitações ou exclusão da responsabilidade civil. Por outro lado, como já verificado, o Código de Defesa do Consumidor admite, na parte final do art. 51, I, a possibilidade de a indenização ser limitada na relação de consumo entre “o fornecedor e o consumidor *pessoa jurídica*” em “situações justificáveis”.

CLÁUSULA LIMITATIVA. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. (...) 2. Nos contratos de aluguel de cofre, não é abusiva a cláusula que impõe limite aos valores e objetos que podem ser armazenados, sobre os quais incidirá a obrigação de segurança e proteção. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 772.822/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, *DJe* 11/09/2018).

⁵⁶⁷ Nas hipóteses em que joias estão depositadas como garantia na celebração de contrato de penhor, o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 51, inciso I, do CDC, reconhece abusiva a cláusula que limita a obrigação de indenizar em caso de furto ou roubo: DIREITO CIVIL. PENHOR. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO/FURTO DE JÓIAS EMPENHADAS. CONTRATO DE SEGURO. DIREITO DO CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. CLÁUSULA ABUSIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIO DE FRAUDE POR PARTE DA DEPOSITANTE. I - O contrato de penhor traz embutido o de depósito do bem e, por conseguinte, a obrigação acessória do credor pignoratício de devolver esse bem após o pagamento do mútuo. II - Nos termos do artigo 51, I, da Lei 8.078/90, são abusivas e, portanto, nulas, as cláusulas que de alguma forma exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios no fornecimento do produto ou do serviço, mesmo que o consumidor as tenha pactuado livre e conscientemente. III - Inexistente o menor indício de alegação de fraude ou abusividade de valores por parte da depositante, reconhece-se o dever de ressarcimento integral pelos prejuízos morais e materiais experimentados pela falha na prestação do serviço. IV - Na hipótese dos autos, em que o credor pignoratício é um banco e o bem ficou depositado em cofre desse mesmo banco, não é possível admitir o furto ou o roubo como causas excludentes do dever de indenizar. Há de se levar em conta a natureza específica da empresa explorada pela instituição financeira, de modo a considerar esse tipo de evento, como um fortuito interno, inerente à própria atividade, incapaz de afastar, portanto, a responsabilidade do depositário. Recurso Especial provido”. (REsp 1.133.111/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, *DJe* 05/11/2009). Destaque-se, ainda, que essa questão restou sumulada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 638: “É abusiva a cláusula contratual que restringe a responsabilidade de instituição financeira pelos danos decorrentes de roubo, furto ou extravio de bem entregue em garantia no âmbito de contrato de penhor civil.”

A expressão 'situações justificáveis' trata-se, como se nota, de conceito aberto e indeterminado que pode trazer certa insegurança na interpretação da lei⁵⁶⁸. Fábio Henrique Peres⁵⁶⁹ interpreta a expressão

[...] como uma condição para a admissibilidade da cláusula que objetive restringir o dever de reparar do consumidor: na linha do que vimos sustentando, a relação entre os contratantes deverá ser de natureza paritária, na qual as partes efetivamente negociaram a inclusão da limitação do dever de indenizar e, por conseguinte, *houve uma contraprestação pela sua anuência*, mantendo o equilíbrio econômico da relação contratual.

Rizzatto Nunes⁵⁷⁰ estabelece alguns critérios para o conceito das “situações justificáveis”, conferida no art. 51, inciso I, do CDC. Segundo ele, tal expressão pressupõe duas hipóteses para o atingimento de sua finalidade

(i) que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo;

(ii) que a qualidade do consumidor pessoa jurídica, de sua parte, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora.

Retornando às relações civis, nos contratos de *adesão* firmados entre iguais, também não vemos problemas para que as partes estabeleçam a cláusula de limitação ou exoneração da responsabilidade civil, embora haja controvérsia sobre o tema, em razão do texto do art. 424, do Código Civil⁵⁷¹. A questão é saber quais os limites da renúncia antecipada dos

⁵⁶⁸ Nelson Nery Júnior comenta o dispositivo: “Não é sempre que a cláusula de limitação de responsabilidade civil nos contratos envolvendo consumidor-pessoa jurídica é lícita. É preciso que o elemento valorativo da norma esteja presente, pois somente em *situações justificáveis* é que se admite. Fica ao juiz a tarefa de dizer quando é que a situação é justificável, para que se dê eficácia à cláusula limitadora. O caso concreto é que vai ensejar ao magistrado a integração desse conceito jurídico indeterminado. Quando por exemplo, determinada indústria vende um computador de médio porte a consumidor-pessoa jurídica, pode ser que seja razoável estabelecer-se limitação da responsabilidade civil do fornecedor, desde que seja observado o critério de proporcionalidade entre custo-benefício. Havendo desproporção entre as prestações a cargo do fornecedor e do consumidor-pessoa jurídica, não é de ter-se como válida a cláusula limitativa da responsabilidade civil”. (NERY JUNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 584).

⁵⁶⁹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludente e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 165.

⁵⁷⁰ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 628.

⁵⁷¹ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

direitos do aderente, a considerar a proibição de renúncia de “direito resultante da natureza do negócio”⁵⁷².

A esse respeito, Wanderley Fernandes⁵⁷³ defende que o dever de indenizar decorrente do inadimplemento não pode ser qualificado como direito resultante da natureza do negócio, mas efeito comum a todo negócio jurídico. Em complemento a tal argumento, o autor⁵⁷⁴ também aponta que a previsão de cláusula que limita o dever de indenizar não significa renúncia a direito decorrente da natureza do negócio, até porque não é excluída a responsabilidade, mas tão somente definido o limite da indenização⁵⁷⁵.

Concordando com a lição de Wanderley Fernandes temos, para nós, que a cláusula de exoneração ou limitação da responsabilidade civil é admitida em nosso ordenamento em contratos civis e empresariais.

⁵⁷² A respeito da expressão ‘natureza do negócio’, destaquem-se as lições de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: “[...] A natureza do contrato, o que o contrato é, sua essência, determina-se pelo seu objeto. Referimos aqui àquilo a que a doutrina conhece por objeto imediato, o conjunto de direitos e obrigações das partes, não tais como se acham por elas expressos no conteúdo de cada contrato em concreto, mas abstratamente regulados na lei para cada tipo contratual, salvo se entender-se por *conteúdo*, não o que nele está expresso, mas também o que se acha nele *implícito*, algo que poderá deduzir-se a partir do que nele está expresso, por via da interpretação integrativa, e o que nele poderá incluir-se por via da integração, atividade destinada a suprir as lacunas da regulamentação das partes. [...] Tendo em vista esses conceitos de objeto e causa, deve-se dizer agora que a causa está referida à função econômico-social que cada contrato desempenha como instrumento da autonomia privada, da vida da relação. [...] É evidente que, sendo as cláusulas do contrato pré-formuladas, pode estabelecer-se uma cláusula pela qual aquele que vier a aderir a tal proposta contratual, por meio dessa cláusula, renuncie a um direito seu, não a qualquer direito, mas ao que resulta da natureza do contrato. O conteúdo da proposta, pela qual fica já delineado o tipo contratual de que se trata, dirá qual é essa cláusula de renúncia a direito do aderente, mas a leitura do objeto do contrato, na lei, é que dirá se existe tal proibição [...] Quando a lei se refere à renúncia a um direito resultante da natureza do contrato não pode estar contemplando, obviamente, as chamadas cláusulas essenciais, aquelas sem as quais não existirá o tipo contratual em causa. As cláusulas essenciais são as que caracterizam o próprio tipo contratual. Não obstante, há cláusulas que, embora não sejam essenciais para a caracterização do tipo contratual, todavia são inerentes ao tipo do contrato, podendo dizer-se que resultam da natureza do contrato. [...] Por tudo isso, não seria descabido dizer-se aqui que a ‘natureza do contrato’, a que a lei se refere é um conceito misto, ora determinado na *fattispecie* legal, ora indeterminado, a ser determinado pelo juiz em cada caso concreto, por forma a dizer quando se está diante de um direito, no contexto de cada contrato, que resulte da sua natureza, em face das circunstâncias concretas do caso a decidir. (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao código civil: dos contratos em geral* (arts. 421 a 480). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104-106).

⁵⁷³ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205.

⁵⁷⁴ FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 207-208.

⁵⁷⁵ A possibilidade de cláusula de limitação de responsabilidade civil em contrato de adesão no Código Civil também foi defendida por Giuliana Bonanno Schunck (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no direito civil brasileiro*. *Revista jurídica luso-brasileira*. Ano 2 (2016) n. 4. p. 825 e ss).

Trata-se de instrumento decorrente da autonomia privada, que não possui requisitos específicos e, naturalmente, como bem observado por José Aguiar Dias⁵⁷⁶, é sempre válida desde que não ofenda a ordem pública e os bons costumes. Verificados os requisitos de validade da cláusula, relevante ressaltarmos alguns limites a ela impostos ou seja, as situações que, eventualmente, podem vir a invalidá-las.

Antonio Junqueira de Azevedo⁵⁷⁷, ao tratar de tais limites, assevera serem nulas as *cláusulas de não indenizar* que: a) exonerem o agente, em caso de dolo⁵⁷⁸; (ii) vão diretamente contra norma cogente – às vezes, dita de ordem pública; (iii) isentem de indenização o contratante, em caso de inadimplemento da obrigação principal; (iv) interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais⁵⁷⁹.

Como instrumento de alocação dos riscos, a cláusula de limitação ou exoneração da responsabilidade permite às partes fixarem os limites de suas responsabilidades. Certamente pode servir como instrumento de estímulo para que empresas se sintam mais encorajadas a firmarem contratos cujo risco de indenizar é presente.

⁵⁷⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 43.

⁵⁷⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201.

⁵⁷⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, no referido artigo, ressalva que a culpa grave é equiparada ao dolo e, portanto, a limitação da responsabilidade civil não poderia ocorrer em tal situação. Ainda a respeito do dolo, Ana Prata, citada por Antônio Junqueira de Azevedo, afirma: “O que o que é inadmissível não é incumprir, mas, sim, fazê-lo *dolosamente*: o que a ordem jurídica tutela prioritariamente é uma certa forma de conduta e fá-lo punindo todas aquelas que lhe são desconformes. O devedor não pode, pois, reservar-se o direito de atuar dolosamente. E o credor não pode, por seu lado, prescindir de um interesse de sanção, que não se destina a salvar o seu interesse, mas o interesse social de repressão e prevenção de condutas intencionais ilícitas”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 202).

⁵⁷⁹ Ao justificar tais limitações, Antonio Junqueira de Azevedo assevera: “[...] admitir a validade das primeiras (dolo) seria dar uma autorização para delinquir; a nulidade das segundas (norma cogente) resulta dos incisos II e V, do art. 145 do Código Civil⁵⁷⁹; dar eficácia às cláusulas da terceira hipótese (inadimplemento da obrigação principal) tornaria o contrato um negócio jurídico abusivo, pois a cláusula faria com que o contratante, por ela beneficiado, somente cumprisse sua principal obrigação *se quisesse* (haveria desrespeito à proibição das condições puramente potestativas – art. 115, *in fine*, do CC⁵⁷⁹); a nulidade das últimas (vida e integridade física das pessoas), finalmente, a nosso ver, resulta da Constituição da República, porque tais cláusulas ferem o princípio maior do Estado brasileiro, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, combinado com o art. 5º, *caput*, ambos da Constituição da República). (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201).

2.7 Eleição das regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração

Como bem referido por Francisco Marino⁵⁸⁰, “o processo interpretativo, em geral, responde ao problema epistemológico do entender. A interpretação é a ação cujo êxito ou evento útil é o entendimento”. A interpretação se desenvolve a partir de um processo cujo objetivo é compreender o conteúdo completo do negócio jurídico, não apenas o que foi declarado pelos contratantes na declaração negocial, mas, também, as circunstâncias que levaram as partes ao contrato⁵⁸¹.

De maneira didática, a interpretação do negócio jurídico pode ser dividida em duas etapas. Na primeira fase, qualificada por Antônio Junqueira de Azevedo⁵⁸² como fase *recognitiva*, há busca da reconstrução da vontade declarada pelas partes, ou em outros termos “o sentido efetivamente atribuído à declaração pela parte ou pelas partes do negócio jurídico⁵⁸³”. Nesse primeiro passo, realiza-se a simples leitura do texto. Caso a leitura não seja suficiente para que se reconstrua a vontade das partes, cabe ao intérprete aplicar o disposto no artigo 112, do Código Civil⁵⁸⁴, para que se busque a intenção dos contratantes na declaração de vontade⁵⁸⁵, em contraponto com o que efetivamente está redigido no

⁵⁸⁰ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50. Para Emilio Betti “[...] a interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a formas representativas, que são fontes de avaliações jurídicas ou que de tais avaliações constituem o objeto”. (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Traduzido da obra: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Trad. Karina Jannini, a partir da segunda edição da obra originalmente publicada por Giuliano Crifò. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 5).

⁵⁸¹ Dentre as circunstâncias, como demonstra Francisco Marino, cabem apontar: “[...] (i) tempo e lugar do negócio jurídico (não só o tempo e o lugar da celebração, mas também do comportamento anterior e posterior ao negócio); (ii) qualidades da parte ou das partes envolvidas (especialmente nos negócios jurídicos *intuitu personae*) e eventual relação existente entre elas; (iii) comportamento da parte ou das partes, inclusive anterior e posterior à conclusão do negócio jurídico (em especial, no âmbito contratual, as tratativas e a fase de formação do contrato); (iv) qualidades da coisa (coisa objeto da prestação, coisa objeto da disposição ou coisa de algum modo relacionada ao negócio jurídico); (v) matéria ou natureza e objeto do negócio jurídico (expressões ligada à consideração do tipo de negócio jurídico celebrado) e (vi) usos e costumes (em função interpretativa)”. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 370-371).

⁵⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Interpretação de acordo de acionistas. O art. 112 do Código Civil de 2002 e a “vontade comum”; a relevância hermenêutica do conjunto das cláusulas contratuais (interpretação lógico-sistemática). O art. 113 do Código Civil e as circunstâncias do caso concreto; boa-fé contextual. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 222.

⁵⁸³ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 370-371.

⁵⁸⁴ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

⁵⁸⁵ Vontade, no negócio jurídico, segundo Francisco Marino, “[...] corresponde ao sentido que o intérprete conclui tenham as atribuído à declaração negocial, após o exame da literalidade da linguagem, do contexto

contrato. Essa investigação se dá a partir da análise do contexto em que o negócio jurídico está inserido. Até porque, segundo Antonio Junqueira de Azevedo⁵⁸⁶ (fazendo referências à Ortega y Gasset) “o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias”.

Se mesmo após tal investigação, não for possível compreender a clareza das declarações, permanecendo deficiências a serem sanadas⁵⁸⁷, encerra-se a fase recognitiva e dá-se início à *fase integrativa*.

Na fase integrativa (ou complementar), o intérprete fará uso de outras regras de interpretação, contidas nos artigos 113, 114, 421-A, 421 e outros, do Código Civil, de forma a corrigir ou precisar o conteúdo da declaração negocial ou determinar o conteúdo implícito ou não declarado expressamente no contrato, “desenvolvendo ao máximo as *potencialidades do conteúdo do negócio jurídico*, antes de recorrer a eventuais outras fontes, tais como as leis supletivas”⁵⁸⁸.

Recentemente, em razão da Lei de Liberdade Econômica, o artigo 113 recebeu substanciais alterações⁵⁸⁹. Dentre as principais alterações e ao que importa ao presente trabalho, o legislador permitiu aos contratantes “livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos *diversas daquelas previstas em lei*” (artigo 113, § 2º).

verbal e de todas as circunstâncias relevantes, tendo em vista o ponto de relevância hermenêutica peculiar ao negócio jurídico em questão”. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 373.). A respeito dos motivos dos contratantes para contratar *versus* causa nos contratos empresariais, consultar: FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 212 e seguintes.

⁵⁸⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120.

⁵⁸⁷ A exemplo disso, lacunas carentes de regulação expressa, termos ambíguos passíveis de serem tomados em mais de um sentido ou pontos obscuros, sem sentido aparente. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159).

⁵⁸⁸ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

⁵⁸⁹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Já vimos ao longo deste trabalho que os contratos não são completos e que nem sempre as partes dispõem dos recursos necessários (ou, dispendo, preferem não despendere valores elevados) para torná-los mais completos (até porque a investigação de algumas questões simplesmente pode ultrapassar a eficiência do contrato). Em caso de conflito e tratando-se de um contrato com alguma extensão de incompletude, ao estabelecerem previamente as regras de interpretação para o preenchimento de lacunas e integração do contrato, as partes podem reduzir o risco de uma má-interpretação pelo juiz ou árbitro.

Nesse sentido, a permissão para que os contratantes estabeleçam as suas regras próprias de interpretação e, sobretudo, pactuem livremente as regras de preenchimento de lacunas e integração de forma diversa do que prevê a própria lei é relevante instrumento de gestão do risco, porque dá maior previsibilidade a respeito da interpretação do negócio jurídico.

Assim, pode ser determinado, por exemplo, que a interpretação do contrato deve levar em consideração que ao longo de todas as tratativas, até a conclusão do negócio, os contratantes tiveram completa assessoria técnica e jurídica, de modo que a análise deve ser realizada a partir da ausência de qualquer situação que fragilize um dos contratantes. Também é possível que as partes estabeleçam que, havendo incompletude do contrato, a integração do contrato deve se valer de regras contidas em outros contratos da mesma natureza, em especial, por exemplo, determinado contrato a que ambas as partes tenham tido conhecimento.

As partes podem definir, por exemplo, que havendo a necessidade de interpretação do contrato, deverá o intérprete dar prevalência à literalidade do contrato, em confronto com as tratativas das partes⁵⁹⁰. É comum cláusula em que os contratantes revoguem declarações anteriores, firmadas em memorandos, *emails*, cartas de intenção, *whatsapp*, dentre outros, para que as condições do contrato tenham prevalência.

⁵⁹⁰ Paula Forgioni ressalta a importância, nos contratos empresariais, de se “respeitar o texto” do contrato “[...] Se a intenção [comum] das partes é o norte interpretativo, o instrumento contratual – ainda mais quando resultado de intenso processo de barganha, redigido por especialistas e brindado com as presunções insculpidas nos dispositivos legais citados – faz concluir qual a vontade que ambas as partes tiveram no momento da celebração do negócio”. (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 237). Ainda a respeito da interpretação do contrato empresarial, confira FORGIONI, Paula A. *Interpretação dos negócios empresariais*. In: FERNANDES, Wanderlei (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 76-155.

Ainda que o contrato seja razoavelmente completo e com regras de interpretação bem definidas, isso não elimina a possibilidade de o clausulado possuir deficiência (lacunas, ambiguidades e pontos obscuros) que vão requerer o trabalho do julgador. Nessa hipótese, as regras de interpretação conferidas pelas próprias partes facilitam o trabalho do julgador, reduzindo o risco de uma interpretação equivocada.

Assim, a disposição conferida no artigo 113, § 2º, do Código Civil, pode ser reputada como facilitadora para a definição da alocação dos riscos e instrumento que reforça a autonomia privada e a segurança jurídica.

A considerar que as partes têm plena liberdade de escolher regras de interpretação diversas daquelas previstas em lei, podem determinar, por exemplo, que a interpretação do contrato, por exemplo, deve ser benéfica à parte que redigiu o contrato, contrariando a regra do art. 113, § 1º, IV. Nas relações empresariais, as partes também podem estabelecer que em caso de cláusulas ambíguas ou contraditórias, o contrato não deverá ser interpretado de maneira favorável ao aderente (art. 423), mas, sim, de forma a corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado (art. 113, § 1º, II). Podem estabelecer, ainda, que embora o negócio jurídico tenha sido firmado em Porto Alegre, ao ser interpretado, as regras de interpretação relativas aos usos e costumes deverá ser aquela empregada no estado do Rio de Janeiro ou São Paulo.

Seguindo no confronto da interpretação do contrato e a questão do risco, a Lei de Liberdade Econômica, além de alterar a redação do artigo 113, atendendo reclamo antigo da doutrina⁵⁹¹, também incluiu o artigo 421-A, já citado neste trabalho.

⁵⁹¹ Como bem referido por Paula Forgioni “[...] não fazia sentido afirmar que a liberdade de contratar seria exercida ‘em razão’ da função social do contrato, como se encontrava na antiga redação do artigo 421. Sua nova redação veio a corrigir esse ponto, determinando que ‘a liberdade contratual será exercida *nos limites* da função social do contrato’”. (FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 386). Já Véra Jacob de Fradera asseverou que “[...] a nova lei eliminou as referências à liberdade de contratar tão duramente criticada desde o momento da apresentação do projeto de Código, antes mesmo de sua publicação, por ser demasiado ampla, substituindo-a por *liberdade contratual*, sendo igualmente extirpada a expressão *em razão*, constituindo outro acerto, pois muitas são as razões conducentes à realização de uma contratação e não apenas a função social de um determinado contrato”. (FRADERA, Véra Jacob. Art. 7º: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 303). A bem da verdade é que, em nossa opinião, a Lei de Liberdade Econômica, a respeito da revisão contratual, não traz nenhuma relevante novidade. O contrato é (ou deveria ser) instrumento cujas prestações são pactuadas de forma livre pelos contratantes, de modo que, regra geral, deve ser cumprido sem intervenções do Estado. Segundo Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, a Lei de Liberdade Econômica

A princípio, a leitura pouco atenta do dispositivo pode ser entendida como grande inovação ao Direito Civil, em especial no tocante à interpretação e ao risco contratual. Contudo, embora a Lei de Liberdade Econômica seja salutar, não se pode dizer que conferiu substanciais alterações ao nosso ordenamento.

O *caput* do dispositivo, por exemplo, confere a presunção de paridade e simetria dos contratos civis e empresariais. Essa presunção de equilíbrio sempre existiu nos contratos civis e, sobretudo, empresariais, fato que sustenta e permite aos contratantes terem a liberdade de contratar e resulta na obrigatoriedade dos pactos.

Embora os princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva tenham trazido substanciais contribuições ao direito contratual, nunca houve rompimento do clássico princípio da autonomia privada e seus consectários. Ainda que alguns autores defendam que o referido paradigma clássico do contrato tenha sido superado por outros⁵⁹², fato é que, com o passar dos anos, os princípios da boa-fé objetiva e função social adquiriram estabilidade na sua aplicação pela jurisprudência, além de maior concretude no seu desenvolvimento acadêmico.

A respeito da função social, por exemplo, como bem referido por Otavio Luiz Rodrigues Júnior, Rodrigo Xavier Leonardo e Augusto César Lukascheck Prado⁵⁹³, antes da edição da Lei 13.874/2019, era perceptível que a jurisprudência havia desenvolvido notável esforço para extremar o seu alcance. A doutrina também produziu material acadêmico que confere concretude ao princípio, sem afastar a autonomia privada das relações contratuais⁵⁹⁴.

“[...] não diz nada que já não estivesse no sistema, pois dada a função precípua do contrato como instituto jurídico calcado na estabilização, no tempo, de direito de crédito e de obrigações de cumprimento, toda revisão é per se excepcional. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 212).

⁵⁹² Nesses termos, vide ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar *et al.* *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência. 13. ed. Barueri: Manole, 2019. p. 437.

⁵⁹³ RODRIGUES JR. Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 312.

⁵⁹⁴ Como bem referido por Cláudio Luiz Bueno de Godoy, o princípio da conservação dos contratos não foi extirpado do sistema em razão do princípio da função social, contudo, deve ser “recompreendido” porque o contrato “[...] deixou de encerrar um feixe de interesses, apenas dos contraentes, portanto espraiando efeitos à sociedade, em cujo contexto se insere [...]”. (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172).

Diante disso, o *caput* do artigo 421-A, do Código Civil, possui controversa utilidade para o sistema jurídico, na medida em que sempre foi presumida a simetria e paridade dos contratantes. Quando muito, o dispositivo talvez fortaleça os princípios clássicos do contrato, em especial a autonomia privada. Talvez esse fosse o principal objetivo da Lei de Liberdade Econômica. Embora não tenha trazido mudanças no sistema jurídico, a inclusão do artigo 421-A, do Código Civil, renova a relevância dos princípios *pacta sunt servanda* e liberdade contratual.

Nesse sentido, o inciso I permite que os contratantes estabeleçam parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas (talvez em repetição ao que determina o art. 113, § 2º) e de seus pressupostos de revisão ou de resolução. Essa atribuição, no exercício da autonomia privada, embora sempre tenha sido conferida aos contratantes, nunca constou expressamente no Código Civil.

Da mesma forma, também em razão da autonomia privada, sempre foi conferido às partes alocarem umas às outras os riscos do contrato (inciso II). Ademais, o contrato é justamente um instrumento de alocação dos riscos, tal como defendido ao longo de todo este trabalho. O respeito à alocação de riscos construída pelas partes é extremamente relevante ao direito contratual e à segurança jurídica.

Por fim, estabelece o inciso III que a revisão do contrato somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. Mas a revisão do contrato *sempre* foi a exceção⁵⁹⁵. Embora boa parte da doutrina⁵⁹⁶ brasileira seja crítica a uma intervenção excessiva do Poder Judiciário nos contratos, o fato é que o Código Civil sempre determinou que revisão do contrato ocorra de forma limitada e desde que preenchidos os seus requisitos.

⁵⁹⁵ Segundo Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva, a Lei de Liberdade Econômica “não diz nada que já não estivesse no sistema, pois dada a função precípua do contrato como instituto jurídico calcado na estabilização, no tempo, de direito de crédito e de obrigações de cumprimento, toda revisão é per se excepcional”. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 212).

⁵⁹⁶ Milton Flávio Lautenschläger, por exemplo, fala de “ativismo judicial disfuncional”, ou seja, quando, diante “[...] de uma controvérsia contratual complexa, fundada na inobservância ou no desrespeito a normas-princípio, na inobservância ou no desrespeito a imposições legais ou infralegais abertas e flexíveis, ou na necessidade de interpretar, integrar ou modificar um determinado contrato ou cláusula contratual, o magistrado intervenha de modo equivocados, formulando uma norma de decisão inadequada ou desmedida, além de contrária à vontade originalmente declarada pelos contratantes”. (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio. *Ativismo judicial disfuncional*. São Paulo: IASP, 2018. p. 330).

Ainda que a Lei tenha utilidade prática questionável, sendo qualificada como alguns autores⁵⁹⁷ como “exemplo de como não deve ser redigido um texto de lei”, tem o mérito de retomar a obrigatoriedade dos pactos, asseverando que a intervenção judicial nos contratos é medida excepcional, para que os riscos contratuais assumidos pelas partes sejam respeitados⁵⁹⁸.

Para nós, mais relevante do que a própria Lei de Liberdade Econômica é que a doutrina e os tribunais reconheçam que a autonomia privada será privilegiada a partir de uma interpretação do contrato que, principalmente, respeite, além das regras de interpretação eleitas pelas partes, os riscos próprios assumidos pelos contratantes. Como bem referido por Aline Valverde Terra e Paula Greco Bandeira⁵⁹⁹

Ao se perquirir a alocação de riscos estabelecida pelos contratantes, segundo a vontade declarada, o intérprete deverá atentar para o tipo contratual escolhido e a causa concreta do negócio. Cada tipo contratual possui critérios de repartição do risco previamente estabelecidos em lei. Entretanto, as partes poderão modelar a alocação de riscos do negócio, inserindo na sua causa repartição de riscos específica e incomum a certa espécie negocial. Ao lado do tipo contratual, o intérprete, para fins de identificação da alocação dos riscos e das respectivas responsabilidades, há de considerar a qualidade das partes, investigando-se a atividade normalmente praticada pelos contratantes. A título de ilustração, considera-se justo imputar maior risco a empresário do que a indivíduo que não seja *expert* em determinado setor.

⁵⁹⁷ A expressão é de Vera Jacob Fradera e justificada porque “[...] todo o seu teor expressa algo que já está dito e redito no Código Civil, na lei em geral, na própria Lei 13.874/2019 (inciso III, do artigo 421-A) pela doutrina e jurisprudência”. (FRADERA, Vera Jacob. Art. 7º: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 305). Também crítico à lei e seus fundamentos: TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 500-501.

⁵⁹⁸ Ainda sobre a Lei de Liberdade Econômica, mas de forma a enaltece-la, conferir ROVAI, Armando; SALLES JÚNIOR, Paulo Sérgio. Da relevância empresarial da declaração de direitos de liberdade econômica, Lei 13.874/2019, no cenário negocial brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 86. 2019. out-dez. p. 17-30.

⁵⁹⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 144-145.

Ao analisar o papel das circunstâncias na interpretação do contrato, Francisco Marino⁶⁰⁰ afirma que

[...] o objetivo é determinar o sentido atribuído pela parte ou pelas partes do negócio jurídico, e não o sentido que indivíduos ideais, abstratos, colocados no lugar das partes, teriam atribuído ao contrato, agindo razoavelmente. [...] o que se busca é justamente determinar o sentido da declaração negocial tal como alcançado, dentre outros meios, pelas circunstâncias relevantes⁶⁰¹.

Assim, havendo a necessidade de uma interpretação do contrato em razão de lacunas ou dubiedades a respeito do clausulado, o magistrado pode investigar as circunstâncias do negócio jurídico, mas sempre com o objetivo buscar o sentido da literalidade da cláusula consoante a alocação de riscos definida pelas partes⁶⁰², sem prejuízo de respeitar as regras interpretativas que as partes determinam no contrato.

Além disso, o magistrado deve se ater a que, embora as tratativas possam apontar para sentido diverso de algumas cláusulas do contrato, o simples fato de uma disposição ter sentido diferente do que foi discutido pelas partes previamente à assinatura, não autoriza que a vontade das partes no momento da conclusão do negócio jurídico seja simplesmente ignorada⁶⁰³.

⁶⁰⁰ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 172.

⁶⁰¹ Emilio Betti, no mesmo sentido, a respeito da busca da vontade dos contratantes, afirma que não há sentido entender “[...] o que teriam disposto as partes se tivessem refletido sobre o ponto não explicitamente regulado”, de forma a “[...] reconstruir uma ‘hipotética’ vontade privada”. Segundo o autor, faz mais sentido buscar o fundamento do caso concreto, ou seja, as bases “[...] do tipo de negócio naquela típica situação econômico-social, quando visa a justificar a disciplina ditada por normas supletivas como a mais oportuna e conforme com a causa típica do negócio a que essas normas se atêm”. (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Traduzido da obra: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Trad. Karina Jannini, a partir da segunda edição da obra originalmente publicada por Giuliano Crifò. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 378).

⁶⁰² Ao defender o que intitulou de ‘economia do contrato’, Joaquim de Sousa Ribeiro defende “[...] a consideração da economia do contrato como fator de definição do sentido e do preenchimento de lacunas do acordado impede que, na fase de execução, uma das partes tire oportunisticamente partido da falta de clareza ou de completude dos termos contratuais, para adoptar uma conduta que, ao mesmo tempo que lhe proporcione sobreganhos, frustra os interesses da contraparte [...] trata-se de, partindo da modelação de interesses que decorre das declarações contratuais, preencher a lacuna com a regra de conduta objectivamente conforme com o sentido e o fim da regulação [...] vale aquilo que as partes, tendo em conta o critério por elas adoptado na valoração da sua específica situação de interesses, teriam razoavelmente disposto, se tivessem previsto o caso omissis” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. n. 35. Rio de Janeiro, 2008. p. 72).

⁶⁰³ No célebre acórdão relatado por Moreira Alves “[...] não [pode] o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende do futuro entendimento e de valoração de dados ainda não colhidos. Se assim agir, o juiz estará contratando pelas partes, o que é grosseiro desvio de função e vício insanável do julgamento,

2.8 Garantias ao cumprimento das obrigações

A responsabilidade patrimonial do devedor no cumprimento da obrigação sofreu substancial evolução ao longo dos anos. No Direito Romano, o devedor respondia não apenas com o seu próprio patrimônio, mas, também, com a sua própria pessoa. Segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão⁶⁰⁴, “efetivamente, em caso de não cumprimento da obrigação, o credor poderia legitimamente apoderar-se do devedor e inclusive vendê-lo ou matá-lo. O devedor estava por isso sujeito fisicamente ao poder dos credores, que poderiam aplicar-lhe sanções físicas em caso de não cumprimento”.

Com o passar dos anos, o próprio Direito Romano foi admitindo sucessivas atenuações da responsabilidade pessoal do devedor, privilegiando-se, inicialmente, que cumprisse sua obrigação antes de ser aprisionado e morto por esartejamento⁶⁰⁵. Nesse sentido, muito contribuiu a *Lex Poetelia Papiria de nexis* de 326 a.C. que evitava a escravatura e morte do devedor, mantendo, porém, o cárcere privado por dívidas. Ainda segundo Menezes Leitão⁶⁰⁶, finalmente, a partir do ano 491, por decisão de Zenão, a prisão por dívidas deixa de consistir em cárcere privado, passando a ser realizada em cadeia do Estado.

Atualmente, embora ainda exista um resquício da prisão civil na Constituição Federal (do devedor de alimentos, nos termos do artigo 5º, inciso LXVII), a regra do Código Civil é que “pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor” (art. 391, do Código Civil), regra análoga à do artigo 791, do Código de Processo Civil⁶⁰⁷. Nesses

pois se terá imposto em substituição às vontades necessariamente de se colher das Partes, emitindo, como acabadas e perfeitas, declaração de vontade que elas não fizeram”. RE 88.716 / RJ, Rel. Moreira Alves, j. 11.09.1979, DJ 30.11.1979, RTJ Vol. 92 p. 250.

⁶⁰⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 23.

⁶⁰⁵ Nesse sentido, vide as fases do processo de execução das obrigações da Lei das XII Tábuas, que iniciava com a confissão e condenação judicial do devedor a cumprir, conferindo-o, em seguida, prazo de trinta dias para cumprir espontaneamente a obrigação. Somente após o transcurso desse prazo é que poderia haver o aprisionamento do devedor, pelo credor (ou pelo tribunal para entrega ao credor). Durante o aprisionamento, no prazo de sessenta dias, era facultado ao credor levar o devedor a três feiras para que alguém o resgatasse, efetuando o pagamento. Se isso não ocorresse, findo os sessenta dias de aprisionamento e sem o resgate, o devedor poderia ser feito escravo pelo credor, ser vendido fora da cidade ou morto por esartejamento, sendo nesse caso as partes do corpo repartidas pelos vários credores que tivesse. (MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 24).

⁶⁰⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 24.

⁶⁰⁷ Segundo José Fernando Simão, há um problema de redação no dispositivo do Código Civil. “Se a interpretação literal for feita, o devedor responderá com todos os seus bens. O adjetivo ‘todos’ é inexato. Por isso, melhor a redação do CPC que menciona as exceções legais. Como forma de garantir um patrimônio mínimo ao devedor, que lhe assegure uma vida digna, há bens que são impenhoráveis. O melhor exemplo disso

termos, como bem referido por João de Matos Antunes Varela⁶⁰⁸ “o patrimônio do devedor constitui assim a *garantia geral* das obrigações”⁶⁰⁹.

O termo garantia, em sua definição funcional, corresponde à tutela de um risco e, segundo Fábio Rocha Pinto e Silva⁶¹⁰ “adquire função de garantia o conjunto de mecanismos destinados a mitigar as consequências de um risco”.

Nesses termos, em alguns casos, apenas a garantia geral conferida pelo patrimônio do devedor mantém elevado o risco de incumprimento. Assim, o credor pode entender que, além da garantia geral do patrimônio do devedor, há necessidade de ser conferida *garantia especial*, quer sobre bens de terceiros, quer sobre bens do próprio devedor, de forma a reforçar de modo mais eficiente a satisfação do crédito. Segundo Antunes Varela⁶¹¹, enquanto a garantia geral acompanha a obrigação desde o nascimento desta, as garantias especiais reforçam, desde a sua constituição, o cumprimento obrigacional⁶¹².

A classificação das garantias não é matéria uníssona na doutrina⁶¹³ e nem é objetivo deste trabalho explorá-la. Para a finalidade pretendida no presente capítulo e para que possamos explorar as garantias aos contratos imobiliários e sua importância como instrumento de modulação do risco, utilizaremos a tradicional classificação⁶¹⁴ das garantias *reais* (hipoteca e penhor) e *personais* (ex. fiança, aval e solidariedade).

é o bem de família (Lei n. 8009/1990)”. (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 252).

⁶⁰⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 420.

⁶⁰⁹ A garantia geral das obrigações também é conferida no Códigos Civil português (Art. 601: Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios) e italiano (Art. 2740: O devedor responde pelo adimplemento das obrigações com todos os seus bens presentes e futuros - Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri).

⁶¹⁰ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantia das obrigações*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), 2017. p. 57.

⁶¹¹ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 421.

⁶¹² Importante ainda o destaque que embora a solidariedade não seja uma forma de garantia, amplia a quantidade de devedores que ficam sujeitos ao cumprimento da obrigação, podendo também ser entendida como hipótese de instrumento para a gestão do risco.

⁶¹³ Menezes Cordeiro, a respeito da classificação de garantias, afirma que a doutrina portuguesa não consegue “[...] encontrar classificações que tudo agrupem, em termos de plena racionalidade: a não ser num plano de abstração que em pouco contribuirá para a efetiva interpretação e aplicação dos institutos em jogo”. Em seguida, o autor apresenta classificações sugeridas por Luís Menezes Leitão e Miguel Pestana de Vasconcelos. (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Garantias*. vol. 10. Coimbra: Almedina, 2017. p. 31).

⁶¹⁴ No Brasil, certamente foi Fábio Rocha Pinto e Silva quem mais criticou a “insuficiência das definições clássicas de garantias reais e pessoais”. Segundo o autor “[...] A consolidação de novas garantias típicas (alienação fiduciária, cessão fiduciária, reserva de domínio) e outras atípicas (*leasing* como garantia, venda

Durante muito tempo, as referidas e tradicionais modalidades de garantia atendiam ao escopo de cumprimento das obrigações. Contudo, a partir da Revolução Industrial (que conferiu maior necessidade de incremento no crédito da indústria e comércio), tais modalidades passaram a se mostrar insuficientes. O penhor tradicional, por exemplo, com exigência do desapossamento pelo devedor, mostrava-se inadequado em razão da necessidade do maquinário na produção. A partir daí, começam a surgir novas modalidades de garantia admitindo que o devedor permanecesse na posse do bem.

Com o passar dos anos, ao lado das garantias tradicionais (tais como penhor, hipoteca, anticrese, fiança e aval), novas modalidades de garantias foram surgindo, de modo a atender às necessidades do mercado e para maior volume de concessão de crédito. Nesse sentido, cite-se a propriedade fiduciária de bens móveis e imóveis, arrendamento mercantil financeiro, cartas de conforto⁶¹⁵ e outras.

A considerar o pano de fundo deste trabalho (incorporação imobiliária), parece-nos relevante tratar de algumas garantias que trazem sustentação para o desenvolvimento de empreendimentos e para a aquisição das unidades imobiliárias.

A hipoteca⁶¹⁶, embora seja uma garantia bastante tradicional, continua sendo uma das principais modalidades que sustenta a concessão do crédito necessário para o desenvolvimento dos empreendimentos imobiliários.

com pacto de retrovenda) pautadas originalmente no direito de propriedade, criam um primeiro problema classificatório, que em nosso entendimento exige o alargamento do conceito de garantias reais, de forma a abranger as figuras típicas da propriedade-garantia já integradas no ordenamento. Ao mesmo tempo, no campo de domínio das garantias pessoais, há também figuras convencionais legalmente atípicas que encontram sua tipicidade na reiterada prática comercial (garantia autônoma, carta de conforto), bem como outras sortes de obrigações e cláusulas que podem, em certas hipóteses, assumir função de garantia. Também a evolução das garantias pessoais nas novas formas atípicas, que evidenciam o renascimento dessa modalidade de garantia, exige uma reconstrução doutrinária da noção de garantia especial e de sua natureza [...] Esses fatores fazem com que a classificação tradicional das garantias, embora não seja incorreta, tenha se tornado incompleta e tem motivado, nos manuais estrangeiros, a busca por novas classificações das garantias”. (SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantia das obrigações*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), 2017. p. 110).

⁶¹⁵ Segundo Judith Martins-Costa e Giovana Benetti, nas cartas-conforto “[...] alguém – uma sociedade controladora – afirma a outrem – normalmente uma instituição bancária – que uma de suas sociedades controladas ou subsidiárias, destinatária de um financiamento, é idônea a cumprir com as obrigações assumidas. Não se trata, *per se*, de uma obrigação de garantia, embora possa sê-lo. Mais propriamente, configura espécie de ‘contratação mitigada’, isto é: sem conter (em linha de princípio) toda a carga eficaz de um contrato de garantia, atua como um vínculo mais flexível, dando azo a deveres e direitos diversos daqueles que defluem de um típico contrato de garantia, embora dotado de relevância jurídica”. (MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto: modalidade e eficácia*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 439-440).

⁶¹⁶ Segundo Lafayette R. Pereira, a hipoteca é “[...] direito real, constituído em favor do credor sobre coisa imóvel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeitá-la exclusivamente ao pagamento da dívida, sem todavia

A hipoteca é muito utilizada como garantia ao crédito concedido pelas instituições financeiras para a construção dos empreendimentos. Nessa hipótese, após verificação do projeto e registro da incorporação na matrícula, a instituição financeira financia a construção mediante tal garantia, hipótese em que o terreno fica gravado até o integral cumprimento da obrigação.

Ademais, a hipoteca, durante muitos anos, não foi utilizada apenas como garantia para o financiamento da obra, mas também como forma de concessão de crédito para que pessoas adquirissem as unidades autônomas.

Nesse sentido, a hipoteca foi muito relevante quando da instituição do Banco Nacional de Habitação (BNH), criado pela Lei 4.380/1964. Referida lei, além da criação do BNH, instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, criou o sistema financeiro para aquisição da casa própria e o Serviço Federal de Habitação (SFH). O objetivo da lei, criada no regime militar, era facilitar a aquisição da casa própria e reduzir o déficit habitacional brasileiro.

Durante o período da ditadura militar, a hipoteca cumpriu o seu papel e foi a responsável pela concessão de crédito habitacional para milhares de brasileiros. Contudo, com o passar dos anos, a garantia hipotecária foi fragilizada, sobretudo pela complexidade e morosidade na sua execução.

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe⁶¹⁷ entendem que a derrocada da hipoteca como garantia ao SFH pode ser entendida sob alguns aspectos, dando relevo, contudo, que

tirá-la da posse do dono”. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5. ed. vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1943. p. 53. Nesses termos, segundo Melhim Chalhoub, o efeito principal da garantia é criar um vínculo real entre o bem hipotecado e a obrigação por ele garantida, de modo que só se libera o gravame depois de paga a dívida ou cumprida a obrigação. (CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 236).

⁶¹⁷ Os autores reputam três fatores principais para a derrocada da hipoteca no sistema do SFH: “(i) nas execuções concursais (falência e insolvência civil) a ordem de preferência privilegiava outros créditos (trabalhistas e fiscais) em detrimento dos credores com garantia real tradicional, sobre bem do devedor – caso da hipoteca –, em que pese o disposto nos artigos 674, IX, e 755 do CC de 1916, respectivamente arts. 1225, IX e 1419 do CC de 2002; (ii) as execuções individuais extrajudiciais sumárias, pelo rito do Decreto-lei 70, de 21.11.1966, vinham sofrendo restrições pelo judiciário por fundamento de vício de inconstitucionalidade. Em São Paulo, o hoje extinto 1º TACivSP chegou a erigir súmula (n. 39), e no Rio grande do Sul houve uniformização de jurisprudência no mesmo sentido; [...] (iii) por último, nas execuções judiciais individuais, surgiram inúmeros percalços decorrentes da lentidão do rito processual, agravados por liminares e crescente onda de oposição de embargos de terceiros à penhora, por possuidores de imóveis a título de compromissários com título inscrito (Súmula 621 do STF) e, presente boa-fé, até não inscrito o título no Registro de Imóveis (Súmula 84 do STJ), anterior ou posterior à hipoteca, na espécie de contratos coligados e interdependentes [...]” (RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 21 e 22).

nas execuções judiciais hipotecárias individuais, surgiram inúmeros percalços decorrentes da lentidão do processo agravados por pedidos de liminares em embargos de terceiro e à penhora, além da crescente tese de inconstitucionalidade do rito da execução extrajudicial do Decreto-lei 70/1966 presente na jurisprudência de alguns tribunais estaduais. Foram ainda editadas as Súmula 84 e 308, ambas do STJ⁶¹⁸ que, embora protegessem o adquirente de boa-fé, fragilizaram a garantia perante o credor.

Dado o enfraquecimento da hipoteca e o agravamento do risco para bancos, houve retração do volume financeiro alocado para atender o financiamento habitacional e o crédito para aquisição da casa própria sofreu substancial diminuição.

Era necessária alguma mudança para que o crédito imobiliário voltasse a crescer. Nesse sentido, a Lei 9.514/1997 instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) que, segundo o artigo 1º, tem como finalidade “promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos”. O SFI foi criado segundo modelo delineado a partir de modernos mercados de financiamento imobiliário, inclusive latino-americanos, inspirados no modelo norte-americano, tendo por princípio a integração das operações imobiliárias com o mercado de capitais, viabilizando o mercado secundário de títulos imobiliários⁶¹⁹.

Juntamente com a criação do SFI, era necessário o desenvolvimento de um sistema de garantia mais eficiente para diminuir o risco de incumprimento das prestações do financiamento imobiliário⁶²⁰.

⁶¹⁸ Súmula n. 84. “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”. Súmula n. 308. “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. A respeito da Súmula 308 do STJ e suas consequências na hipoteca, recomenda-se a leitura de MAIA, Roberta Mauro Medina. Vida que segue: perspectivas para as hipotecas após a edição da Súmula 308 do STJ. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 339-369.

⁶¹⁹ Nesses termos, vide ORIGEM do SFH e SFI. *ABECIP*. História. Disponível em: <https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/historia>. Acesso em: 9 jun. 2021.

⁶²⁰ Segundo Melhim Chalhub: “[...] considerando que a morosidade da execução das garantias inibe a aplicação de recursos do setor imobiliário e a concessão de empréstimos e financiamentos com garantia imobiliária, a Lei 9.514/1997 tem em vista criar as condições necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário e, partindo do pressuposto de que o bom funcionamento do mercado, com permanente oferta de crédito, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recomposição das situações de mora, regulamentou a alienação fiduciária como garantia nos negócios imobiliários. (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 287).

Assim, o artigo 17, inciso IV, da referida Lei 9.514/1997 permitiu que as operações de financiamento imobiliário fossem garantidas pela alienação fiduciária de coisa imóvel, cuja regulamentação e procedimentos são conferidos pelos artigos 22 a 33.

Nos termos da Lei, a alienação fiduciária “é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel” (art. 22).

Enquanto na hipoteca o devedor retém o bem, mas apenas o grava para garantia da obrigação, na propriedade fiduciária, o devedor transmite a propriedade ao credor, para que permaneça com ele até que satisfeita a obrigação. Assim, “enquanto a hipoteca é um direito real em coisa alheia, a propriedade fiduciária é um direito real em coisa própria”⁶²¹, ou seja, a posse do bem é desdobrada, atribuindo-se ao devedor a posse direta e ao credor a posse indireta⁶²².

Uma vez adimplida integralmente a dívida, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel (art. 25) e o devedor fiduciante que, anteriormente, era proprietário resolúvel, passa a deter a propriedade irrestrita. Por outro lado, vencida e não paga a obrigação, após a necessária constituição em mora do devedor-fiduciante, a propriedade se consolida em nome do credor-fiduciário (art. 26) e dá-se início à execução extrajudicial da garantia, que obriga a promoção de dois públicos leilões para a venda do imóvel, de modo que o credor se aproprie do resultado da arrematação, até o limite do seu crédito, entregando ao devedor o valor que sobejar (art. 27).

A principal vantagem da garantia conferida pela alienação fiduciária de bem imóvel é que os seus procedimentos são realizados exclusivamente de forma extrajudicial e de forma célere. Nesses termos, atribui-se ao oficial de registro de imóveis a competência para a realização das diligências para a notificação para purgação da mora, bem como para realizar a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. No mesmo sentido, o público leilão para a alienação do imóvel também é realizado de forma extrajudicial e por empresas

⁶²¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 288.

⁶²² Ao cuidar da dinâmica da garantia, Melhim Chalhub afirma que “[...] o devedor (fiduciante), sendo proprietário de um imóvel, aliena-o ao credor (fiduciário) a título de garantia; a propriedade assim adquirida tem caráter resolúvel, vinculada ao pagamento da dívida, pelo que, uma vez verificado o pagamento, opera-se automaticamente a extinção da propriedade do credor, com a conseqüente reversão da propriedade plena ao devedor-fiduciante, enquanto, ao contrário, se verificado o inadimplemento contratual do devedor-fiduciante, opera-se a consolidação da propriedade plena no patrimônio do credor-fiduciário”). CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 292).

privadas, o que confere dinâmica e celeridade para a execução da garantia. A partir da alienação fiduciária, as instituições financeiras voltaram a ter confiança para concessão do crédito imobiliário⁶²³.

Não obstante a consolidação da alienação fiduciária de bem imóvel no Brasil, ainda há controvérsia na jurisprudência a respeito de questões envolvendo a garantia, seja com relação ao seu procedimento, seja com relação a outras questões. Nesses termos, cite-se, por exemplo, a controversa questão envolvendo a possibilidade de o credor fiduciário responder por dívidas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto da garantia antes da consolidação da propriedade⁶²⁴. Ademais, também se discute eventual irregularidade da execução extrajudicial da alienação fiduciária, uma vez que o art. 53, do Código de Defesa do Consumidor não permite a perda total dos valores pagos em benefício do credor. Esse último tema, contudo, será melhor analisado na Parte 3 deste trabalho.

⁶²³ Segundo Roberta Mauro Medina Maia, “[...] é evidente que, antes do advento da alienação fiduciária de bens imóveis, as linhas de financiamento destinadas à aquisição destes eram bem mais restritas e concedidas por prazos bem mais exíguos, justamente em razão de a principal garantia imobiliária até então disponível, a hipoteca, não se mostrar tão segura e eficiente nas hipóteses de inadimplemento”. (MAIA, Roberta Mauro Medina. *Vida que segue: perspectivas para as hipotecas após a edição da Súmula 308 do STJ*. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 359). Nesse sentido, indicadores da ABECIP demonstram que embora a década de 1970 tenha tido alguns picos de elevação das unidades imobiliárias financiadas, ao longo da década de 1980 até os anos 2000, os números são bastante inexpressivos. Contudo, a partir de 2004, com a pujança da economia brasileira e a consolidação da garantia da alienação fiduciária, o mercado imobiliário sofreu elevado crescimento, com nova queda a partir da crise de 2014. Superada a crise, os números voltaram a crescer. Vide mais em: <https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/indicadores/financiamento>. Acesso em 14.12.2021.

⁶²⁴ A questão, embora controversa, tem sido decidida nos seguintes termos pelo Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONDOMÍNIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMÓVEL. PAGAMENTO. RESPONSABILIDADE. DESPESAS CONDOMINIAIS. DEVEDOR FIDUCIANTE. POSSE DIRETA. ART. 27, § 8º, DA LEI Nº 9.514/1997. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n.s 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o credor fiduciário, no contrato de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, tem responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais juntamente com o devedor fiduciante. 3. Nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais recai sobre o devedor fiduciante enquanto estiver na posse direta do imóvel. 4. O credor fiduciário somente responde pelas dívidas condominiais incidentes sobre o imóvel se consolidar a propriedade para si, tornando-se o possuidor direto do bem. 5. Com a utilização da garantia, o credor fiduciário receberá o imóvel no estado em que se encontra, até mesmo com os débitos condominiais anteriores, pois são obrigações de caráter propter rem (por causa da coisa). 6. Na hipótese, o credor fiduciário não pode responder pelo pagamento das despesas condominiais por não ter a posse direta do imóvel, devendo, em relação a ele, ser julgado improcedente o pedido. 7. Recurso especial provido. (REsp 1696038/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 03/09/2018). Vide, ainda, nesse sentido: GOMIDE, Alexandre Junqueira; COLACINO, Matheus. O credor fiduciário responde pelas dívidas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto da garantia? In: PERES, Tatiana Bonatti; TERRA, Marcelo; DIAS, José Guilherme Gregori Siqueira (coord.). *Alienação fiduciária de bem imóvel e outras garantias*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 29-44.

Não obstante a alienação fiduciária hoje ser uma das principais garantias ao mercado imobiliário, o instituto pode sofrer modernização⁶²⁵. De forma a conferir mais eficiência à garantia, há quem defenda a necessidade de o mesmo imóvel garantir mais de uma operação, desde que o credor fiduciário seja o mesmo em todas elas. Editou-se, nesse sentido, em julho de 2020, a Medida Provisória 992/2020 que pretendia incluir o artigo 9º-A na Lei 13.476⁶²⁶. A Medida Provisória acabou perdendo a eficácia em razão do transcurso do tempo.

No âmbito da incorporação imobiliária, que depende verdadeiramente de abundante crédito para a concepção de empreendimentos, as garantias são os instrumentos imprescindíveis para gerir o risco de cumprimento da obrigação.

⁶²⁵ Na doutrina, aliás, há defensores da necessidade de uma completa reformulação do sistema de garantias no Código Civil. Nesse sentido, Fábio Rocha Pinto e Silva entende que a partir de diversos exemplos de legislações estrangeiras e de organismos internacionais, o Código Civil brasileiro estaria desatualizado no tocante ao seu sistema de garantias. Cita, exemplificativamente, os Códigos civis francês, espanhol, português, italiano ou do Québec, além da lei modelo da UNCITRAL. O autor sugere medidas de simplificação, de forma a tornar as garantias mais eficazes, simples e adequadas à dívida, o que permitiria melhorar as condições do mercado de crédito, reduzindo os riscos e custos de financiamento. Fábio Silva também apresenta em seu trabalho dois anteprojetos para a reforma das garantias no Brasil. Vide mais em: SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantia das obrigações*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), 2017. p. 788-789.

⁶²⁶ Art. 9º-A Fica permitido ao fiduciante, com a anuência do credor fiduciário, utilizar o bem imóvel alienado fiduciariamente como garantia de novas e autônomas operações de crédito de qualquer natureza, desde que contratadas com o credor fiduciário da operação de crédito original. § 1º O compartilhamento da alienação fiduciária de que trata o caput somente poderá ser contratado, por pessoa natural ou jurídica, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. § 2º O fiduciante pessoa natural somente poderá contratar as operações de crédito de que trata o caput em benefício próprio ou de sua entidade familiar, mediante a apresentação de declaração contratual destinada a esse fim.

2.9 Seguro

O contrato de seguro é relevante instrumento para a gestão de riscos. A partir desse negócio jurídico, é permitido fornecer “ao titular do legítimo interesse⁶²⁷ submetido a risco uma proteção predeterminada”⁶²⁸ ou, como prefere o artigo 757, do Código Civil, “a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”⁶²⁹. Como bem referido por Menezes Cordeiro⁶³⁰

⁶²⁷ Nos termos do Código Civil, o que se protege no contrato de seguro é o legítimo interesse do segurado. Embora o risco e o interesse legítimo pareçam correlatos em si no contrato de seguro, são elementos distintos. Como bem pontua Luiza Petersen: “Enquanto o interesse se refere à relação juridicamente relevante que se estabelece entre o segurado e um bem da vida, traduzindo-se, mais precisamente, em um interesse econômico do segurado na preservação de bens materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos, relativo a coisas ou a pessoas (art. 757), o risco como possibilidade de um evento adverso, constitui o elemento que circunda o interesse, que o ameaça, como uma possível fonte de lesão, criando, para o segurado, a necessidade de proteção (de cobertura) e justificando a contratação do seguro”. (PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 49). Em Portugal, o Decreto-Lei n. 72/2008 aduz no artigo 43º, 1, que “O segurado deve ter um interesse digno de proteção legal relativamente ao risco coberto, sob pena de nulidade do contrato”. Menezes Cordeiro, ao tratar do interesse referido no dispositivo, assevera que “[...] o interesse configura-se como uma relação existente entre o segurado e o valor patrimonial seguro [...] A lei não refere esse tipo de relação: tendencialmente, tratar-se-á de propriedade ou de outra forma de titularidade, incluindo posições ativas em obrigações ou em valores imateriais”. O autor admite, inclusive, que o interesse possa tratar-se de uma relação ilícita: “[...] por exemplo, o possuidor de má-fé, mesmo violento (ladrão), pode ter interesse digno de proteção legal em segurar a coisa: ele é responsável pelo que possa suceder-lhe, mesmo sem culpa sua”. Menezes Cordeiro ainda remete o leitor a alguns exemplos de ‘interesses inabituais’ e cita “[...] o produtor de um filme de terror (Macabre, 1958), mediante um prémio total de \$ US 15.000, seguiu a vida de todos os expectadores, contra a eventualidade de morrerem de medo durante a exibição do filme [...] o interesse era o não pagamento de indemnizações em que poderia ser condenado”. (MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 565). Angélica Carlini e Maria da Glória, por sua vez, entendem que “[...] riscos considerados imorais não podem ser cobertos pelos contratos de seguro porque, nesse caso, eles se constituíam em uma forma de incentivo para práticas socialmente não aceitas. E da mesma forma, os contratos de seguro não podem oferecer cobertura para riscos ilegais”. (CARLINI, Angélica; GLÓRIA, Maria da. Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro: o dever de proteção da mutualidade. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 83).

⁶²⁸ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.

⁶²⁹ Em Portugal, o regime jurídico do contrato de seguro, Decreto-Lei n. 72/2008, estabelece no artigo 1º que “Por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente”.

⁶³⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 596. Em sentido contrário à transferência do risco para a seguradora, Angélica Carlini e Maria da Glória Faria afirmam que “O risco não se transfere para a seguradora. A seguradora não assume o risco, já que isto daria lugar a um novo risco, a saber: o da insolvência da seguradora. Ela apenas garante que as consequências do eventual sinistro (ocorrência do risco) que se quer evitar serão compensadas economicamente. A sua prestação é uma prestação de garantia, de segurança. Mas para que se possa afastar o risco sem transferi-lo para a seguradora, é necessário, repetimos, que se repartam as consequências econômicas do sinistro (ocorrência do sinistro) por um grande número de pessoas submetidas aos mesmos riscos. E é justamente nesta pluralidade de pessoas, titulares de interesses submetidos aos mesmos riscos e que chamamos de mutualidade, que reside a base unitária da operação de seguros”. (CARLINI, Angélica; GLÓRIA, Maria da. Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro: o dever de proteção da mutualidade. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73).

O seguro busca a sua própria legitimidade na transferência do risco para uma entidade profissional habilitada a gerir os meios necessários para lhe suportar as consequências. Os contratos de seguro assumem, como função objetiva, esse endossar do risco. [...] Digamos, em síntese: o seguro tem uma função financeira, prosseguida, no essencial, através de uma gestão científica do risco⁶³¹.

O objetivo do segurado é “neutralização de um risco”⁶³². Segundo Márcia Blanes “a probabilidade do risco é elemento para o cálculo do prêmio, e por isso, a ocorrência de um determinado número de sinistros possibilitaria o estudo de uma amostra de situações. Assim, é possível dizer que o prêmio é o preço da garantia, e é a prestação a cargo do segurado”⁶³³. O Código Civil não restringe os riscos que são passíveis de cobertura, com exceção daqueles provenientes de dolo do segurado (artigo 762, do Código Civil).

Na sistemática do contrato de seguro, antes de se obrigar a uma determinada prestação, um dos contratantes pode verificar a presença de um fato que, embora improvável, seja previsível. Procurando não assumir aquele risco (que muitas vezes pode até mesmo inviabilizar a contratação) este contratante pode procurar empresa seguradora que, após os estudos atuariais necessários, conclui que pode assumir o risco, mediante o pagamento de um prêmio.

Também é possível que a companhia seguradora resolva não assumir integralmente o risco, mas limitar o valor do prêmio devido ao segurado. Essa faculdade é possível dada a redação do artigo 757, do Código Civil, que trata da possibilidade de o segurador garantir legítimos interesse do segurado contra “riscos predeterminados”, em consonância com o artigo 759⁶³⁴. Assim, pode a seguradora, por exemplo, garantir na apólice que, ocorrendo

⁶³¹ Segundo Fernanda Damacena “[...] as pessoas vislumbram a probabilidade de específicos tipos de perdas e buscam proteção em relação às suas consequências (para si, propriedades e bens)”. Ainda segundo a autora: “O uso do seguro como ferramenta de transferência de risco tem cinco características principais: permite a disseminação de risco entre as partes, reduz a variância do risco para cada pessoa, permite a segregação de risco, encoraja medidas de redução de danos e fornece uma ferramenta para monitorar e controlar o comportamento”. (DAMACENA, Fernanda. Seguro e eventos extremos: limites e possibilidades. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, vol. 57, n. 225, p. 99-124, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p99. Acesso em: 10 abr. 2021)

⁶³² BLANES, Márcia. O contrato de seguro. *Cadernos Jurídicos*: Direito Empresarial. Ano 20. Número 50. julho-agosto de 2019. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 106.

⁶³³ BLANES, Márcia. O contrato de seguro. *Cadernos Jurídicos*: Direito Empresarial. Ano 20. Número 50. julho-agosto de 2019. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 106.

⁶³⁴ Segundo Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel, “[...] em princípio a garantia é dirigida para todos os riscos, mas é evidente que o contrato pode restringi-la por meio de predeterminação dos riscos (art. 757 e 759). Podem as partes, igualmente, delimitar o interesse a ser garantido, o que inclui ser possível

determinado fato, pagará indenização em valor certo, ainda que os prejuízos em que tenha incorrido o segurado superem a quantia estipulada.

São elementos essenciais do contrato de seguro: (i) o risco; (ii) o interesse legítimo; (iii) a cobertura ou a garantia e (iv) o prêmio⁶³⁵. Embora o risco seja considerado como elemento essencial pela doutrina, o Código Civil, contrariamente à legislação portuguesa⁶³⁶, não admite expressamente a nulidade do contrato em razão de sua ausência. Na verdade, a ausência do risco no contrato é referida apenas no artigo 773, que determina punição pecuniária ao segurador que emite a apólice mesmo sabendo ter “passado o risco que o segurado pretende cobrir”⁶³⁷. Ainda que o Código Civil brasileiro não admita expressamente a nulidade do contrato em razão da ausência do risco, esse é o entendimento de alguns autores⁶³⁸, embora pareça ser mais adequado entender que a ausência do risco resulta na *inexistência* do negócio jurídico⁶³⁹.

considerá-lo na sua totalidade ou parcialmente (por exemplo, os danos físicos sim, mas não os lucros cessantes. O mesmo ocorre quanto à extensão das despesas de salvamento, como já examinado (art. 771).” (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30).

⁶³⁵ PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 48.

⁶³⁶ Em Portugal, o Código Comercial de 1833 (chamado Código Veiga Beirão), expressamente consagrava a essencialidade do risco a ensejar a nulidade do contrato. Segundo o artigo 436º “O seguro é nulo se, quando se concluir o contrato, o segurador tinha conhecimento de haver cessado o risco, ou se o segurado, ou a pessoa que fez o seguro, o tinha da existência do seguro”. O atual Decreto-Lei n. 72/2008, que cuida do “regime jurídico do contrato de seguro”, repete o espírito da referida norma, ao estatuir no atual artigo 44º, que “salvo nos casos legalmente previstos, o contrato de seguro é nulo se, quando da celebração, o segurador, o tomador do seguro ou o segurado tiver conhecimento de que o risco cessou”. Assim, como bem referido por Menezes Cordeiro, “no campo dos seguros, o papel do risco é nuclear, sendo enfatizado, como se infere da própria lei”. (MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 538).

⁶³⁷ Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel afirmam que “[...] o dispositivo não se refere a risco inexistente, e sim risco passado. O risco pode inexistir, mas ser possível, sendo válido o contrato. A vedação é para situações para as quais foi ultrapassada a possibilidade de risco, não podendo o interesse se submeter a ele”. (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94).

⁶³⁸ Nesses termos, cite-se, por exemplo, Flávio Tartuce que ao comentar o artigo 773, do Código Civil, assevera que a ausência do risco tem por consequência a nulidade, nos termos do artigo 166, inciso VI, do Código Civil e também por lesão à função social do contrato, considerando um preceito de ordem pública pelo artigo 2.035, parágrafo único. (TARTUCE, Flávio. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 490).

⁶³⁹ A nulidade do contrato de seguro também se observa no Código Civil quando o contrato é firmado para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de seus representantes, nos termos do art. 762, do Código Civil. A respeito do contrato de seguro e os planos da existência, validade e eficácia, verificar: MIRAGEM, Bruno. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coord.). *Direito dos seguros*: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55 e seguintes e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte Especial. Direito das obrigações. Contrato de transporte. Contrato de parceria. Jogo e Aposta. Contrato de seguro. Seguros terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos. Tomo XLV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 4.942, p. 382 e seguintes.

A contraprestação do segurador, ou seja, prestação eventual em dinheiro, depende de um fato futuro e incerto: o sinistro. A partir de tal constatação, a doutrina passou a discutir a classificação do contrato: se comutativo⁶⁴⁰ ou aleatório⁶⁴¹, embora a tese da comutatividade, para nós, seja mais convincente, a considerar que o sinistro é evento previsível para a seguradora.

Como um dos elementos essenciais do contrato de seguro, o risco assume papel relevante e se caracteriza, nesse negócio jurídico, como a “possibilidade de sinistro, de um evento desfavorável ao legítimo interesse do segurado, cuja ocorrência leva ao pagamento da indenização securitária”⁶⁴². Tal como se pode inferir, enquanto o risco constitui a ameaça ao interesse legítimo ou o perigo da ocorrência de um determinado fato negativo; o sinistro constitui a concretização dos efeitos do risco, fato que enseja o direito do segurado à indenização.

⁶⁴⁰ Embora não defenda expressamente a corrente da comutatividade, Menezes Cordeiro afirma que “[...] o contrato de seguro atribui, a ambas as partes, vantagens patrimoniais, independentemente do sinistro. O segurador recebe o prêmio. O segurado alija o risco e pode ordenar a sua vida em função do inerente benefício. A dimensão financeira interessa a todos. O contrato de seguro é, pois, um contrato sinalagmático que, no seu funcionamento, comporta um fator de aleatoriedade”. (MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 600). Por outro lado, a corrente da comutatividade é defendida expressamente por Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel. Segundo os autores: “Não se pode falar, com efeito, de álea na perspectiva do segurador, pois, para este último, a ocorrência do sinistro e a consequente obrigação de pagamento da indenização, constitui evento amplamente previsto e precisamente calculado com instrumentos atuariais. [...] Não se pode falar de álea para o segurado, pois o eventual pagamento de indenização não significa uma vantagem, mas a simples reparação econômica de um dano inesperado”. (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31). A tese da comutatividade parece mais convincente na leitura de Pontes de Miranda. O autor, embora reconheça a presença da álea, parece defender a comutatividade. São palavras do autor: “[...] não se pode dizer que o segurador, se ocorre o sinistro, ou se cedo ocorre, presta a soma do seguro e, se não ocorre, enriquece-se com o prêmio, ao passo que o segurado, mesmo se há o sinistro, não ganha, porque só recebe indenização do que perdeu. O risco foi coberto até que se desse o sinistro e o segurado obteve a cobertura; mesmo se o sinistro não sobreveio, cobriu-se-lhe o risco. Há sempre a prestação e a contraprestação, porque a entrega da soma é em virtude do que aconteceu, devido à álea”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações. Contrato de transporte. Contrato de parceria. Jogo e Apostas. Contrato de seguro. Seguros terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos*. Tomo XLV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 4.912, p. 284-385.

⁶⁴¹ Segundo Adalberto Pasqualotto, “[...] a obrigação do segurador é, sim, de garantia, mas a prestação é aleatória. Obrigação de garantia significa que a finalidade (causa, portanto) do vínculo é uma garantia. A prestação será a conduta do devedor que atenderá àquela finalidade”. (PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61). No mesmo sentido é a opinião de Flávio Tartuce, para quem “[...] a causa do contrato continua sendo a álea, o risco, o medo quanto à sua ocorrência” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. vol. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 744). Também entende pela aleatoriedade Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 505).

⁶⁴² PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 87.

O cálculo do risco pelo segurador é realizado a partir de técnica atuarial e fundamentos matemáticos que permitem uma previsibilidade da ocorrência do sinistro⁶⁴³. Em decorrência da estatística probabilística e da observação de ocorrências anteriores, o segurador estima a probabilidade do sinistro e sua severidade. A partir de tais instrumentos objetivos e racionais, há uma precificação do risco, seja para o cálculo do custo da cobertura, seja para a mensuração do valor a ser pago pelo segurado a título de prêmio⁶⁴⁴.

Mas para o cálculo do risco, o segurador não tem à disposição apenas o recurso dos referidos instrumentos técnicos. Também é muito importante a declaração firmada pelo segurado, de forma a prestar informações relativas a questões pessoais e próprias do interesse que pretende assegurar.

O segurador, a princípio, não tem acesso às informações pessoais do segurado ou a respeito de circunstâncias específicas sobre o bem a ser assegurado, fatos que podem influir na ocorrência do sinistro. Assim, ter ciência (i) se o segurado é consumidor de cigarros e bebida alcoólica ou se pratica esportes radicais; (ii) da geologia do local da obra ou (iii) quanto à existência de garagem para estacionamento noturno do veículo, são fatos relevantes para que o segurador possa obter maior precisão no cálculo do risco.

É verdade que o segurador, ao buscar obter maior precisão do risco assumido, poderia dispender maiores recursos e ampliar as investigações. Assim, para os exemplos citados acima, poderia requerer ao segurado realizar uma série de exames clínicos, obter sondagens no solo da obra ou encaminhar vistoriador para conferir a existência de garagem para estacionamento na residência do segurado. A depender da complexidade do seguro, as investigações podem ser ainda custosas. Mas a elevação do custo e a dinâmica que se busca na operação do seguro muitas vezes não justificam tais investigações.

⁶⁴³ Maria Inês de Oliveira Martins expõe com primazia as formas e métodos do cálculo do risco realizado pelas seguradoras. Nesse sentido, sugere-se a leitura de MARTINS, Maria Inês de Oliveria. Da incerteza ao risco: as técnicas seguradoras e o seu referente, um diálogo com Knight. *Boletim de Ciências Econômicas*. Homenagem ao Prof. Dr. Antônio José Avelãs Nunes. Vol. LVII. Tomo 2. 2014. p. 2143-2210.

⁶⁴⁴ A respeito do cálculo das probabilidades do seguro, Pontes de Miranda afirmou: “O segurador conta com os cálculos e por bem dizer assume os riscos sem risco [...] A técnica, baseada na matemática, serviu à vida econômica, criando tranquilidade onde o que existia era o temor: o temor do contraente, que obtinha o seguro para temer menos, posto que ainda pudesse ocorrer a insolvência do segurador; o temor do segurador, que assumia o risco. Com o afastamento das razões para o temor do segurador, diminuiu o restante temor do inadimplemento pelo segurador, que persistia na mente do contraente ou do beneficiado”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte Especial: Direito das obrigações: Contrato de transporte. Contrato de parceria. Jogo e Aposta. Contrato de seguro. Seguros terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos. Tomo XLV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 4.912, n. 2. p. 285-286).

É por isso que, normalmente, em vez de incorrer em investigações mais aprofundadas, o segurador pede ao segurado que preste algumas informações significativas para maior precisão do cálculo do sinistro. Esse documento deve ser respondido com boa-fé e veracidade, nos termos do artigo 765, do Código Civil⁶⁴⁵. Ainda que o segurado não saiba responder determinada informação, o simples fato de manifestar o seu desconhecimento pode auxiliar no cálculo atuarial. Por outro lado, se o segurado, por má-fé, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, o Código Civil determina a perda da garantia, sem prejuízo do pagamento do prêmio (art. 766⁶⁴⁶). Para a incidência da hipótese de perda da garantia, Luiza Moreira Petersen⁶⁴⁷ defende a exigência de dolo específico, ou seja, “que a omissão ou inexatidão decorra de ato intencional, sendo praticada com a intenção de fraudar o seguro”.

Contudo, se a declaração omissa ou inexata não decorre de má-fé, subsistirá, em caso de sinistro, a obrigação do segurador ao pagamento da indenização. Nesse caso, se a declaração inexata foi prestada com boa-fé, a partir de uma conduta culposa e não dolosa, o segurado não perde a garantia; mas “o segurador terá direito de resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”. (parágrafo único do artigo 766, do Código Civil).

Embora, nessa circunstância, o segurador tenha à sua disposição a resolução do contrato, em se tratando de relação de consumo, nota-se que a jurisprudência determina a manutenção do contrato não havendo comprovação de má-fé⁶⁴⁸. A esse exemplo, cite-se a hipótese de verificação de doença preexistente, em que o Superior Tribunal de Justiça determina que o segurador somente pode se eximir do pagamento da indenização caso comprovada má-fé do consumidor, ou seja, na hipótese em que o segurado tinha ciência

⁶⁴⁵ Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

⁶⁴⁶ Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio

⁶⁴⁷ PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018. p. 87.

⁶⁴⁸ Na doutrina, a respeito da manutenção do vínculo contratual em favor do segurado consumidor, vide MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos dos consumidores. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 165 e seguintes.

inequívoca da doença à época da contratação⁶⁴⁹. O ônus de comprovação da ciência é da empresa seguradora, porque se presume a boa-fé do segurado, nessas hipóteses⁶⁵⁰.

Mas o agravamento do risco não decorre apenas de uma informação incorreta ou omitida no momento da celebração do contrato. O agravamento também se verifica ao longo da execução do contrato, quando determinada circunstância altera substancialmente a possibilidade de ocorrência do sinistro. A dinâmica das relações sociais e políticas podem resultar em alteração do risco inicialmente calculado pelo segurador. O agravamento dos riscos no contrato de seguro é regulado pelo Código Civil, nos artigos 768, 769 e 770⁶⁵¹. A alteração deve ser relevante, ou seja, “suscetível de agravar *consideravelmente* o risco coberto” (art. 769). Assim, não se pode admitir como alteração considerável os riscos previsíveis e identificáveis na probabilidade estatística. Entramos aqui novamente na discussão envolvendo a álea normal, álea extraordinária e os riscos próprios do contrato.

⁶⁴⁹ Nesse sentido: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NA DECISÃO AGRAVADA. INADEQUAÇÃO RECURSAL. SEGURO DE VIDA. PREEXISTÊNCIA DE MOLÉSTIA NÃO DECLARADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO SOLICITAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS PELA SEGURADORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO, DESPROVIDO. 1. No tocante à alegação de omissão na decisão agravada, não merece ser conhecido o presente recurso, considerando-se o princípio da adequação recursal. Com efeito, para casos assim, prevê o atual Diploma Processual Civil a oposição de embargos de declaração, na forma do seu art. 1.022, I e II. 2. Consoante o entendimento pacificado nesta Corte Superior, a seguradora não se desobriga do dever de indenizar, mesmo que o sinistro seja proveniente de doença preexistente ao tempo da celebração do contrato, quando não promove o exame médico prévio. Precedentes. 3. Se a seguradora, em contrato típico de adesão, aceita a proposta e celebra com o proponente contrato de seguro sem lhe exigir atestado de saúde ou submetê-lo a exames, a fim de verificar sua real condição física, deve suportar o risco do negócio, notadamente quando não fica comprovado que o segurado tenha agido de má-fé. 4. Agravo interno parcialmente conhecido e, no ponto, desprovido. (AgInt no AREsp 767.967/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017). Nessa linha de julgamento, foi editada a Súmula n. 609 do STJ: “A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado”.

⁶⁵⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Insurgência contra decisão que indeferiu a tutela provisória de urgência. Há controvérsia sobre a alegação de que a seguradora tinha conhecimento de doença preexistente, omitida na declaração de saúde. Má-fé que não pode ser presumida. Questão a ser dirimida no curso da demanda. Requisitos do artigo 300 do CPC não configurados. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2080207-20.2021.8.26.0000; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 18ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021)

⁶⁵¹ Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato. Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. § 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. § 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio. Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato. O regime português também possui regras análogas, tal como podemos inferir dos artigos 91º a 94º do Decreto-Lei n. 72/2008.

Nas hipóteses de agravamento do sinistro, compete ao segurado a comunicação de tal fato ao segurador, também sob pena de perder o direito à garantia, se omitida a informação por má-fé (art. 769). Também nessa hipótese, permite-se ao segurador resolver o contrato, ressalvando novamente que, na relação de consumo, deve-se privilegiar a manutenção do vínculo, com eventual revisão do prêmio. Nesse sentido, nos contratos de consumo, o avanço da idade do segurado não permite à seguradora resilir o contrato de seguro saúde unilateralmente, fundamentando no agravamento do risco. A rescisão em razão de tal fato é considerada abuso de direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil. Assim, haveria prorrogação compulsória do contrato com fundamento na boa-fé⁶⁵².

Contudo, se o agravamento do risco é realizado de forma intencional pelo segurado, esse perderá o direito à garantia, nos termos do artigo 768, do Código Civil. Ao analisar a jurisprudência, Luiza Petersen⁶⁵³ afirma que a análise do agravamento intencional “passa, sobretudo, pela consideração do grau de reprovabilidade da conduta do segurado à luz daquilo que é socialmente esperado e aceito, assim como pela avaliação da severidade do agravamento”. Assim, reconhece o Superior Tribunal de Justiça o agravamento intencional do risco quando o condutor de veículo se encontra em estado de embriaguez, que influi decisivamente na ocorrência do sinistro⁶⁵⁴ ou a participação em disputa automobilística com manobras proibidas⁶⁵⁵.

⁶⁵² Em artigo a respeito do tema, Adalberto Pasqualotto afirma que é considerado abuso de direito colocar o consumidor em desvantagem em razão de alegado agravamento do risco decorrente da idade do segurado: “[...] se uma apólice se torna economicamente inviável o que falha é a administração securitária e a solução não pode ser transferir o risco da empresa de seguros para os segurados. É para garantir a solvabilidade técnica do negócio que a lei exige que somente pode ser segurador uma entidade legalmente habilitada [...] em outras palavras, pratica abuso quem, ao exercer um direito facultado igualmente à contraparte, coloca-a, todavia, em situação de desvantagem, porque há uma objetiva desproporção de posições jurídicas entre os sujeitos”. (PASQUALOTTO, Adalberto. Aspectos da defesa do consumidor no contrato de seguro. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 245).

⁶⁵³ PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018, p. 161.

⁶⁵⁴ PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a embriaguez, por si só, não exime o segurador do pagamento de indenização prevista em contrato de seguro de vida, sendo necessária a prova de que o agravamento do risco decorrente da embriaguez influiu decisivamente na ocorrência do sinistro. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1708444/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2021, *DJe* 16/04/2021). No mesmo sentido: (AgInt no AREsp 1669759/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2020, *DJe* 26/10/2020).

⁶⁵⁵ Seguro de vida. Ação de cobrança. Disputa automobilística ("Racha") e manobras proibidas ("empinar motocicleta"). Agravamento do risco. Exclusão de cobertura. Reconhecimento. Indenização indevida. Piloto que, por conduta, consciente e voluntária, empregou manobras proibidas, mesmo sabendo que tal prática poderia gerar danos a si e a terceiros. Agravamento deliberado do risco. Honorários sucumbenciais. Fase recursal. Majoração em razão do trabalho adicional desenvolvido pelo advogado da parte vencedora. Aplicação

Havendo disposição contratual, a diminuição considerável do risco no curso do contrato pode acarretar a redução do prêmio estipulado. Se a diminuição do risco for considerável, permite-se ao segurado resolver o contrato ou, se assim não pretender, exigir a revisão do preço, na dicção do artigo 770, do Código Civil.

Questão que demanda alguma reflexão é saber se a pandemia decorrente do COVID-19 pode influenciar na responsabilidade do segurador para excluir a cobertura em razão de eventual desequilíbrio. Ao analisar a questão, Ernesto Tzirulnik e Vitor Boaventura⁶⁵⁶ respondem negativamente justificando que

No plano dos contratos de seguro não existe um ‘risco de pandemia’ ou ‘epidemia’. Na hipótese de um indivíduo vir a óbito por causa de uma doença, a causa do sinistro, isto é, o risco que se materializou, foi a possibilidade da doença, e não o fato de a doença vir a ocorrer com maior frequência. A pandemia, portanto, para o espectro das relações jurídicas dos contratos de seguro, é antes uma circunstância, uma condição, do que propriamente uma causa. Caso a pandemia fosse de hepatite, a causa da morte seria a hepatite, e não a sua ocorrência em condição pandêmica.

Quanto ao possível agravamento de risco apto a permitir às seguradoras liberarem-se das obrigações assumidas, Tzirulnik e Boaventura entendem que até seria possível, desde que o exercício desse direito não significasse desvio de finalidade ou abuso de direito. Contudo, ressaltam os autores que as seguradoras

[...] não veem na Covid-19 um agravamento do risco a justificar a resolução dos contratos de seguro que, até o momento, passados meses da ciência da pandemia por todos os agentes desse mercado, no plano nacional e internacional, não se teve notícia alguma de que qualquer companhia seguradora tenha se valido da faculdade resolutória⁶⁵⁷.

do artigo 85, § 11, do Estatuto de Ritos de 2015. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1006365-11.2017.8.26.0664; Relator (a): Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/02/2018; Data de Registro: 14/02/2018).

⁶⁵⁶ TZIRULNIK, Ernesto; BOAVENTURA, Vítor. A COVID-19 e o seguro: repercussões contratuais e reflexões prospectivas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.). *Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 256.

⁶⁵⁷ TZIRULNIK, Ernesto; BOAVENTURA, Vítor. A COVID-19 e o seguro: repercussões contratuais e reflexões prospectivas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (coord.). *Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 260.

Justamente por ser um contrato que tem em seu objeto resguardar o segurado a respeito de um risco que possa ter consequências em seu legítimo interesse, o seguro é um dos principais instrumentos para gestão do risco.

Dentre as diversas modalidades de contrato de seguro, importa para a finalidade deste trabalho tratar a respeito do seguro de riscos de engenharia, seguro habitacional e seguro garantia.

O seguro de riscos de engenharia possui regulação conferida pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP na Circular n. 540 de 14/10/2016. Segundo a referida circular, entende-se por seguro de riscos de engenharia aquele em que o segurador oferece sinistro para

[...] o interesse legítimo do segurado contra acidentes, de origem súbita e imprevista, com exceção dos riscos excluídos especificados na apólice, que resultem em prejuízos materiais tanto às obras expressamente descritas na apólice e aos materiais a serem utilizados na construção, durante o período da obra, como também às máquinas, equipamentos, estruturas metálicas e a outros bens instalados e/ou montados de forma permanente, durante a fase de instalação e/ou montagem destes bens.

De fato, no âmbito da construção civil, os riscos de engenharia são muitos⁶⁵⁸. Até porque, como bem ressaltado por Ernesto Tzirulnik⁶⁵⁹ “as obras de engenharia em geral sempre se caracterizam pela interação de suas etapas”. Assim, “um defeito de fabricação ou execução, por exemplo, uma simples falta de leitura das investigações preliminares ou um erro de projeto, podem gerar prejuízos para os interessados [...]”. Nesse sentido, Lie Uema do Carmo⁶⁶⁰, especificamente a respeito dos riscos de engenharia, faz referências às

⁶⁵⁸ A respeito dos diversos tipos de risco na construção civil, vide SCHALCH, Débora; PRADO, Marcos Lope; ELLENRIEDER, Cristiane Cordeiro Von; BRITO, Silvia Helena Soares. *Seguros aplicados aos contratos de seguro*. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Direito da Construção: Estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: Pini, 2014. p. 247 e seguintes.

⁶⁵⁹ Ainda segundo o Autor: “Interação, entre outros, (i) dono da obra e os financiadores públicos ou privados; (ii) responsáveis pela investigação do sítio em que são implantados os empreendimentos, geólogos e geotécnicos; (iii) projetistas das fundações e das estruturas; (iv) arquitetos; (v) consultores; (vi) fiscalizadores; (vii) gerenciadores; (viii) construtores; (ix) instaladores; (x) montadores; (xi) comissionadores; (xii) fornecedores de materiais, equipamentos e serviços em geral; (xiii) operadores, e (xiv) terceiros cujas atividades sejam materialmente conexas, como os vizinhos ou transportadores de energia (transmissão) produzida por empreendimento energético”. (TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Roncarati, 2015. p. 158-159).

⁶⁶⁰ CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 200.

condições geológicas, geomecânicas e pluviométricas, além de riscos de identificação de sítios arqueológicos e patrimônios culturais, terras indígenas ou quilombolas, sem prejuízo de eventual contaminação do solo.

Não apenas para as grandes obras de infraestrutura, mas também obras menos expressivas (empreendimentos habitacionais, por exemplo), o seguro de riscos de engenharia tem sido muito empregado. Também é admitido nessa modalidade de seguro que os contratantes estabeleçam coberturas adicionais, tal como a “cobertura adicional de responsabilidade civil geral – riscos de engenharia”, sendo definida como aquela que

[...] garante o reembolso ao segurado das quantias pelas quais vier a ser responsável civilmente em sentença judicial transitada em julgado ou em acordo autorizado de modo expresso pela seguradora, relativas a reclamações por danos corporais e materiais involuntariamente causados a terceiros, decorrentes da execução do objeto abrangido pela cobertura básica do seguro e ocorridos durante o prazo de vigência da apólice.

A considerar os extensos riscos de engenharia presentes em qualquer obra, nessa modalidade de seguro o segurador não garante o pagamento do prêmio para toda e qualquer situação, excluindo diversas hipóteses de sinistro⁶⁶¹.

⁶⁶¹ A seguradora AIG, por exemplo, nas condições gerais desse seguro, exclui os seguintes riscos: “I Atos de autoridade pública, salvo os destinados a evitar a propagação de danos físicos cobertos; II Ato terrorista, conforme definido em Cláusula Particular; III Ato de guerra, inclusive civil, declarada ou não, invasão, insurreição, revolução, atos de poder militar ou usurpado, requisição ou destruição de ou danos a coisas sob o poder do governo ou qualquer autoridade pública local, tumulto, motim, greve, comoção civil, locaute. Estão igualmente excluídos todos os danos/riscos inerentes e/ou consequentes destes eventos, inclusive incêndio, quebra de máquina, dentre outros; IV Radiação ionizante, qualquer contaminação pela radioatividade e combustão de quaisquer materiais nucleares; V Ato doloso ou de ato que configure culpa grave equiparável ao dolo praticado pelo Segurado, pelo beneficiário ou pelo representante legal de um ou de outro, sendo certo que, em se tratando de Segurado pessoa jurídica, a exclusão aqui estabelecida aplica-se aos sócios controladores, aos seus dirigentes e administradores legais, aos beneficiários e aos seus respectivos representantes; VI Transporte, armazenamento e pré-montagem de máquinas, equipamentos e estruturas civis fora do local do risco e do canteiro de obras; VII Lucros cessantes, lucros esperados, responsabilidade civil, penalidades, danos punitivos ou exemplares, danos morais, indenizações triplas ou compensatórias, inutilização ou deterioração de matéria-prima e materiais de insumo, multas, juros e outros encargos financeiros decorrentes de atraso ou interrupção da obra ou da instalação e montagem, ainda que decorrentes de risco coberto, demoras de qualquer espécie, perda de mercado e de contrato; enfim, a quaisquer eventos não representados pela reparação ou reposição das coisas seguradas, nos termos das coberturas concedidas por este contrato de seguro; VIII Inadimplemento de obrigação por força de contrato ou de qualquer outro tipo de convenção que tenha força de obrigação para o Segurado; IX Má performance, mau desempenho ou vício intrínseco; X Extravio, furto simples ou desaparecimento; XI Reparos, substituições e reposições normais; XII Paralisação total ou parcial da obra civil e/ou da instalação e montagem; XIII Pesquisa de vazamento na colocação de tubulações; XIV Uso, desgaste, corrosão, oxidação, incrustação, deterioração gradativa; XV Uso ou manipulação de explosivos; XVI Danos e Perdas referente a Despesas Extraordinárias; XVII Danos e Perdas decorridos do Período de Manutenção; XVIII Danos e Perdas a Equipamentos Móveis e Estacionários utilizados na obra; XIX Danos e Perdas a Instalações Contratadas – aceitas e colocadas em Operação; XX Danos e Perdas referentes a Riscos

Outro seguro também bastante empregado no âmbito da construção e, sobretudo, na incorporação imobiliária é o seguro habitacional que “tem por objetivo a quitação de dívida do segurado correspondente ao saldo devedor, vincendo na data do sinistro relativa a financiamento para aquisição ou construção de imóvel, em geral, e/ou a reposição do imóvel, na ocorrência de sinistro coberto”⁶⁶².

O sinistro dessa modalidade de seguro diz respeito à morte e invalidez permanente do adquirente e danos físicos no imóvel, sendo obrigatório nos casos de aquisição ou construção de imóvel pelo consumidor por meio de financiamento bancário obtido perante instituições financeiras. Estão compreendidos nesse seguro os danos físicos ao imóvel provenientes de: (i) incêndio, raio ou explosão; (ii) vendaval; (iii) desmoronamento total; (iv) desmoronamento parcial, assim entendido a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outro elemento estrutural; (v) ameaça de desmoronamento, devidamente comprovada; (vi) destelhamento e (vii) inundação ou alagamento, ainda que decorrente de chuva.

Por fim, ainda no que diz respeito ao pano de fundo do presente trabalho, resta tratar do seguro garantia, também muito utilizado no âmbito da indústria da construção. Segundo Aline de Miranda Valverde Terra e Bernardo Salgado⁶⁶³, o seguro garantia pode ser conceituado

[...] como o contrato pelo qual determinada instituição securitária, em contraprestação ao pagamento do prêmio, assegura os riscos do inadimplemento de obrigação contraída pelo tomador com o beneficiário, obrigando-se, uma vez verificado o sinistro, a reparar os danos sofridos

do Fabricante; XXI Danos e Perdas referentes a Erros de Projeto; XXII Danos e Perdas referentes a Propriedades Circunvizinhas; XXIII Danos e Perdas referentes a Armazenagem fora do canteiro de obras; XXIV Despesas com Honorários de Peritos; XXV Despesas com Recomposição de Documentos; XXVI Danos e Perdas referentes a Trabalhos de Perfuração de Poços de Água; XXVII Danos e Perdas a Obras Concluídas; XXVIII Despesas de Afretamento de Aeronaves; XXIX Qualquer tipo de Responsabilidade Civil. (AIG Seguros. *Condições Gerais Riscos de Engenharia*. Disponível em: <https://www.aig.com.br/content/dam/aig/lac/brazil/documents/brochure/condicoes-gerais-energiaeengenharia-risco-de-engenharia-car-brochure.pdf> Acesso em: 14 maio. 2021).

⁶⁶² BRASIL. SUSEP. Meu futuro seguro. Portal SUSEP de Educação Financeira. Disponível em: <https://www.meufuturoseguro.gov.br/seguros-previdencia-capitalizacao/seguros/seguro-habitacional> Acesso em: 14 maio 2021.

⁶⁶³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; SALGADO, Bernardo. O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*. vol. 7. n. 1. jan/jun de 2020. p. 21. A respeito do tema vide, ainda, DABUS, André. O seguro garantia como mecanismo de viabilização de projetos de infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando. *Temas de Direito da Construção*. São Paulo: Pini, 2015. p. 225 e seguintes.

pelo beneficiário ou, então, a realizar por terceiros a obrigação inadimplida. [...] é negócio jurídico que envolve, a um só tempo, três sujeitos negociais: a seguradora, o tomador do serviço (ou ‘o devedor do contrato principal’ e o segurado (também designado ‘beneficiário’ ou, ainda, ‘credor do contrato principal’).

Nos termos do artigo 2º da Circular n. 477/2013 da SUSEP, “o Seguro Garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado”. Na lição de Luiz Gastão Paes de Barros Leães⁶⁶⁴, “no seguro-garantia, o interesse segurável, objeto da apólice, reside no valor econômico do crédito presente no patrimônio do segurado, assumindo a seguradora o risco do inadimplemento da obrigação, que originariamente é do credor segurado”.

Dentre as modalidades de seguro garantia, cite-se aquele para construção, fornecimento ou prestação de seguros, também designado *performance bond*, hipótese em que “o segurado é garantido contra o risco de inadimplemento do contrato de construção ou prestação de serviços firmado com o tomador, seja mediante pagamento de indenização, seja mediante a satisfação, à conta da própria seguradora, da obrigação garantida⁶⁶⁵”.

Largamente utilizado na iniciativa privada, há Projeto de Lei na Câmara dos Deputados que pretende tornar obrigatório o seguro *performance bond* em obras contratadas pelo Poder Público⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 17. jul-set. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 187.

⁶⁶⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; SALGADO, Bernardo. O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*. vol. 7. n. 1. jan/jun de 2020. p. 23. Ainda a respeito do tema, vide SCHALCH, Débora. O seguro garantia – *performance bond* – na realização de obras de construção civil. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 367 e seguintes.

⁶⁶⁶ Segundo o artigo 1º do Projeto de Lei n. 4598/2020: “Fica estabelecido, nos termos desta Lei, que as obras e serviços de engenharia contratadas pelo Poder Público através de licitação ou contratos administrativos, em qualquer das três esferas de Poder, deverão exigir o oferecimento de Seguro-Garantia”. O *performance bond* é definido no parágrafo único do referido dispositivo como “o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pela empresa contratada perante o contratante em razão de participação em licitação ou contratos administrativos, pertinente à execução de obras públicas e serviços de engenharia”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4598/2020*. Inteiro teor. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262932> Acesso em: 18 set. 2021).

PARTE 3 – RISCOS CONTRATUAIS NA PERSPECTIVA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E FORMAS DE GESTÃO

3.1 A incorporação imobiliária e o risco

Em sentido geral, incorporação significa inclusão, união, introdução ou ligação de uma coisa no corpo de outra, a que ficará pertencendo, ou agremiação, congregação, agrupamento promovido entre pessoas para a formação de um só corpo (do latim, *incorporatio*, de *incorporare*: dar corpo, juntar, unir⁶⁶⁷).

O conceito de incorporação imobiliária é trazido pela própria Lei 4.591/1964. Segundo o artigo 28, parágrafo único, a incorporação imobiliária é “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”. Preferimos, contudo, a definição de Melhim Chalhub⁶⁶⁸

[...] a expressão incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis.

A incorporação imobiliária é marcada sobretudo em razão da possibilidade de venda antecipada de unidades *a construir*. Tal permissão é muito relevante ao incorporador para obter os recursos necessários à concepção do empreendimento⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 9.

⁶⁶⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 7.

⁶⁶⁹ Como bem ressaltado por Fábio de Oliveira Azevedo, com o desenvolvimento da construção civil, os construtores, para facilitar a prospecção de investidores e respectivos recursos, puseram-se a imaginar quão útil seria comercializar salas, lojas e apartamentos antes de começarem a construir. Além disso, a operação de comercializar as unidades futuras, segundo o autor, é atraente para incorporador e adquirente “[...] primeiro para o incorporador, que não precisará alocar recursos próprios para construir, podendo buscá-los como próprio adquirente, com instituições financeiras ou grupos de investidores, oferecendo como garantia o próprio terreno através da hipoteca, alienação fiduciária ou a cessão fiduciária de créditos. E também para o adquirente, que poderá parcelar o pagamento do preço durante a construção”. (AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Incorporação imobiliária*. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário*: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015. p. 450-451).

É natural que, ao permitir ao adquirente pagar o preço por algo que ainda será construído, a Lei 4.591/1964 impôs a observância de uma série de obrigações ao incorporador. Dentre elas, há necessidade de o memorial de incorporação (uma espécie de dossiê documental que comprova técnica e financeiramente a viabilidade do empreendimento) estar devidamente registrado na matrícula do bem. Esse ato prévio traz maior segurança ao adquirente, uma vez que comprova, ao menos, que a incorporadora é titular de determinado terreno e possui um projeto construtivo aprovado pela municipalidade.

O desenvolvimento da incorporação imobiliária gira em torno da figura do incorporador⁶⁷⁰. É ele quem faz a articulação de todas as medidas necessárias para viabilizar o futuro empreendimento. Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷¹, o incorporador é “a chave do negócio”⁶⁷². Nesses termos, compete a ele planejar a obra, redigir as propostas e os

⁶⁷⁰ O artigo 29 considera o incorporador “a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas”. Caio Mário da Silva Pereira criticou a postura de o legislador conceituar a incorporação imobiliária e a figura do incorporador. Segundo o autor, são impertinentes “[...] as definições no corpo da lei, partindo sempre do ensinamento segundo o qual esta é um comando que se dirige à vontade, e de que a função definidora é atribuição da doutrina”. Nesses termos, o autor considerou a disposição do artigo 29 “[...] demasiado longa, imprecisa e deselegante”. Além disso, também fez críticas à confusa opção legislativa de utilizar o termo ‘transação’, quando deveria ter utilizado ‘negócio jurídico’. Segundo ele, “[...] quem o lê (artigo 29) tem a impressão de que foi redigido por pessoas que desconhece até as mais mezinhas noções jurídicas, pois ali se confunde o conceito de ‘transação’ com ‘negócio jurídico’”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 246-247).

⁶⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 244.

⁶⁷² Como bem ressaltou Caio Mário da Silva Pereira, “[...] às vezes o incorporador é o próprio construtor; outras vezes é o proprietário. Uma vez o incorporador adquire o terreno, outras ajusta com o dono deste a edificação mediante a entrega de parte do prédio (certo número de apartamentos ou lojas). Uma vez o incorporador é um estabelecimento de crédito, que financia a edificação; outras vezes os adquirentes pagam todo o preço no decorrer dela; e outras ainda custeiam uma parte, obtendo um financiamento de terceiros ou do próprio incorporador (caso em que este na realidade financia apenas o que é o seu lucro, ou o lucro mais o valor do terreno, se este lhe pertencer) [...] Ele é um corretor, porque efetua a aproximação do dono do terreno com os compradores; mas é mais do que isso. É mandatário, porque opera em nome do proprietário junto aos compradores; e porque os representa junto ao construtor, aos fornecedores, etc. É um gestor de negócios porque, em todas as circunstâncias eventuais, defende oficialmente os interesses de seus clientes, de um e de outro lado. É um industrial da construção civil. É às vezes um banqueiro financiador. É um comerciante. Um pouco de tudo”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 233). Destaque-se, ainda, as palavras de Melhim Namem Chalhub no mesmo sentido: “Dada a multiplicidade de atos que deverá praticar para exercer a incorporação, o incorporador poderá firmar contrato de prestação de serviços, ora figurando como prestador do serviço, ora como tomador; poderá firmar contrato de permuta ou promessa de permuta, relativamente ao terreno no qual irá erigir o edifício; poderá celebrar contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda, figurando ora como comprador, ou promissário comprador, ora como vendedor, ou promitente vendedor; poderá ceder créditos de que tenha se tornado titular ao alienar as unidades; poderá alienar fiduciariamente o terreno e as acessões a um financiador, como garantia de financiamento que eventualmente tomar para construir o edifício, e nesse caso será o devedor-fiduciante; de outra será o credor-fiduciário, enquanto que o adquirente da unidade será o devedor fiduciante; há em suma,

contratos, obter o projeto arquitetônico, fazê-lo aprovar pela autoridade, tudo em termos tais que o edifício seja construído segundo o plano do incorporador e o condomínio constituído na forma da minuta da convenção condominial por ele redigida⁶⁷³. Contudo, como se sabe, outros profissionais também participam ao longo do desenvolvimento do produto decorrente da incorporação imobiliária (construtores, corretores de imóveis, oficiais de registro de imóveis, arquitetos, engenheiros, advogados, agentes financeiros, dentre outros).

A incorporação imobiliária pode ter por resultado um pequeno edifício de cinco andares e dez unidades autônomas, como também a edificação de empreendimento multiuso, com torres comerciais, residenciais, *shopping center* e clube esportivo.

Seja para o desenvolvimento de um pequeno edifício, seja para os intitulados “supercondomínios”⁶⁷⁴, a dinâmica da incorporação segue alguns passos⁶⁷⁵ que, resumidamente, são: (i) obtenção de poder de disposição da propriedade do bem; (ii) aprovação do projeto de construção; (iii) reunião de diversos documentos com o objetivo de formar o memorial de incorporação (artigo 32, da Lei 4.591/1964); (iv) comercialização das unidades e formalização dos contratos de compra e venda com os adquirentes; (v) construção da obra e (vi) instituição do condomínio⁶⁷⁶ e entrega das unidades.

A incorporação imobiliária, em nossa concepção, não é um *contrato*, mas uma *atividade* empresarial. Embora referida atividade esteja disciplinada na Lei 4.591/1964, não existe um *contrato típico* de incorporação imobiliária⁶⁷⁷. Há diversos contratos coligados

uma infinidade de atos e contratos passíveis de utilização pelo incorporador para a consecução do seu negócio”. (CHALHUB, Melhim. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23).

⁶⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 245.

⁶⁷⁴ A respeito do tema, vide VITALE JÚNIOR, Olivar Lorena. Supercondomínio. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 377-395.

⁶⁷⁵ Vide mais em: GOMIDE, Alexandre Junqueira. Incorporação imobiliária: elementos introdutórios e aspectos práticos. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 10/06/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/346852/incorporacao-imobiliaria-elementos-introdutorios-e-aspectos-praticos>. Acesso em: 04 ago. 2021.

⁶⁷⁶ A respeito da controversa questão envolvendo quando nasce o condomínio, fazemos referências às provocantes questões levantadas por André Abelha em: ABELHA, André. Incorporação imobiliária: em que momento, afinal, nasce o condomínio edilício. *Migalhas*. Publicado em 13/04/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/257284/incorporacao-imobiliaria-em-que-momento-afinal-nasce-o-condominio-edilicio>. Acesso em: 04 ago. 2021.

⁶⁷⁷ Discordamos que a incorporação imobiliária seja, tal como defendido por Melhim Chalhub, como “modalidade contratual típica” (CHALHUB, Melhim. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 164) ou “contrato típico de incorporação”, tal como referido por Caio Mário da Silva Pereira. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 246). Para nós, as partes não assinam um contrato de incorporação imobiliária: o proprietário do terreno *aliena* ou faz *permuta*; o adquirente *compra* a unidade autônoma e *obtem crédito* para financiar o pagamento do preço.

que decorrem da incorporação imobiliária. Destaque-se, por exemplo, o contrato de compra e venda ou permuta do terreno em que será erigida a obra, o contrato de corretagem firmado entre a empresa que faz a intermediação da venda e o adquirente, o contrato de promessa de compra e venda da unidade entre comprador e incorporador, o contrato de empreitada firmado entre o incorporador e o construtor, dentre outros negócios jurídicos.

Como bem referido por Melhim Namem Chalhub⁶⁷⁸, a incorporação imobiliária formaliza-se pela coligação de contratos distintos. Daí que o Superior Tribunal de Justiça⁶⁷⁹ intitulou a incorporação imobiliária como “negócio de aquisição da casa própria”, em que haveria coligação entre os contratos de financiamento, seguro e construção do imóvel pretendido pelo consumidor⁶⁸⁰.

É verdade que o contrato típico de compra e venda sujeito à Lei de Incorporação Imobiliária possui particularidades próprias. Diferentemente da aquisição de um imóvel entre particulares, em que a coisa já existe, na incorporação imobiliária, a estrutura econômico-financeira desse produto aproxima-se das operações *Project finance*, ou seja, realiza-se com o produto da exploração do seu próprio ativo e no limite da capacidade de geração e preservação das receitas auferidas com essa exploração⁶⁸¹. Assim, o empreendimento se desenvolve a partir do resultado de venda das unidades e de sua autossustentação.

Esses, sim, são contratos típicos, previstos na legislação, mas que são apenas decorrentes da incorporação imobiliária.

⁶⁷⁸ CHALHUB, Melhim. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 164.

⁶⁷⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp 51.169/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 09/12/99. Segundo o julgado: “a solidariedade do agente financeiro decorre do próprio negócio – um só, e não dois, o qual foi ajustado como ‘negócio de aquisição da casa própria’.” Naquele acórdão, foi citada lição de Araken de Assis, que asseverou que “conquanto seja possível isolar cada elemento em particular, as operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porque perderam a autonomia e simetria completa com a tipologia usual. Elas se fundiram, sem prejuízo de certas variações, num tipo novo: o negócio de aquisição da casa própria”.

⁶⁸⁰ Fábio de Oliveira Azevedo prefere intitular a incorporação imobiliária como um *processo*, assim entendido o conjunto de atos necessários à consecução de um fim, que é justamente a entrega de unidades em troca de um valor. Ainda segundo o autor “essa perspectiva, da incorporação como processo, parece estar alinhada com o artigo 29 da Lei 4.591/64, ao definir a incorporação como *atividade*, isto é, um conjunto de ações ou etapas do processo cujo fim é a entrega de unidades vinculadas a frações ideais de terreno vendido ou prometido à venda, ainda que o incorporador não seja o construtor da edificação”. (AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Incorporação imobiliária*. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 463-464).

⁶⁸¹ A respeito de tais particularidades da incorporação imobiliária, sugerimos a leitura de CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. Ano 3. Dezembro 2020. n. 5. p. 174-190.

Nesses termos, diante das complexidades e particularidades da incorporação imobiliária, é necessário estudo do risco contratual nesse tipo de atividade comercial. Quais os riscos a que os partícipes dessa atividade estão sujeitos? Quais os instrumentos legais na Lei 4.591/1964 ou no Código Civil que podem gerir o os riscos contratuais a que as partes estão sujeitas? Há instrumentos convencionais à disposição das partes para conferir maior segurança jurídica? São essas as questões que pretendemos abordar nas próximas páginas.

3.2 Os riscos contratuais a que o incorporador imobiliário está sujeito

3.2.1 Os riscos na obtenção de titularidade sobre o terreno

Uma das exigências da Lei 4.591/1964 para a incorporação imobiliária é que o incorporador apresente no memorial de incorporação “título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado” (artigo 32, alínea ‘a’).

Assim, segundo a Lei, não sendo o incorporador o proprietário, ao menos deverá estar investido no poder de disposição da propriedade do imóvel, ou do direito de aquisição a ela relativo⁶⁸².

O domínio do incorporador, portanto, pode se dar de formas distintas. Na hipótese mais tradicional, é possível que o incorporador resolva pura e simplesmente adquirir o imóvel, pagando o preço à vista. Nessa hipótese, lavrada a escritura de venda e compra do terreno com o conseqüente registro, torna-se proprietário e legitimado para iniciar a incorporação imobiliária.

Mas, como se disse, não está habilitado a promover a incorporação imobiliária apenas o proprietário. A promessa de compra, a promessa de permuta, a cessão de direitos aquisitivos e a promessa de cessão⁶⁸³ também autorizam o incorporador a promover a incorporação, desde que o título seja irrevogável e irretratável, não contenha cláusula

⁶⁸² A propósito do tema, vide as considerações de TRISTÃO, Eduardo da Silva. Promessa de venda e compra para a incorporação imobiliária. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 231-244.

⁶⁸³ A promessa de cessão de direito está equiparada à promessa de compra e venda, nos exatos termos do artigo 69, da Lei 4.830/1964. Contudo, segundo Fábio de Oliveira Azevedo, “[...] alguns registradores imobiliários se recusam a realizar o registro desse contrato de promessa de permuta, com o argumento de que apenas o contrato de permuta, e não a promessa de permuta, encontra base legal no artigo 167, I, ‘30’, da Lei 6.015/73. Para evitar o risco de não ter o seu contrato registrado, alguns incorporadores optam pela compra e venda, que possui base no artigo 167, I, ‘29’, da Lei 6.015/73. Assim, improvisam, de forma criativa, para realizar ‘compra e venda com promessa de dação em pagamento’ ‘compra e venda com preço convertido em obrigação de fazer’ ou ‘dupla compra e venda com compensação de preço’. O autor adverte sobre os problemas de tais contratos, que poderiam ser entendidos como hipótese de simulação ou fraude à lei. O autor não vê razões para que o registro não seja realizado, porque o atual Código Civil permite às partes firmarem contratos preliminares, nos termos dos artigos 462 a 466. Além disso, o artigo 463, parágrafo único, estabelece que o contrato preliminar ‘deverá ser levado a registro’. (AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Incorporação imobiliária. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 480-481).

impeditiva da alienação em frações ideais e disponha de autorização para demolição e construção⁶⁸⁴.

É hipótese também bastante comum na incorporação imobiliária que o incorporador receba a propriedade do terreno por permuta (total ou parcial) em unidades que serão construídas no imóvel. A lei impõe que, nesse caso, deverão ser discriminadas na permuta (i) “a parcela que, se houver, será paga em dinheiro”; (ii) “a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados” (artigo 39).

Contudo, não obstante as mais tradicionais formas de o incorporador estar investido no poder de disposição sobre a coisa para iniciar a incorporação imobiliária, a criatividade dos contratantes e a evolução dos negócios permitiu que as partes firmem diversos modelos de negócio para que o incorporador possa prosseguir com a incorporação imobiliária⁶⁸⁵.

A princípio, podemos imaginar que o maior interesse do proprietário de um terreno na incorporação imobiliária é simplesmente aliená-lo ao incorporador, oportunidade em que, recebido integralmente o preço à vista, transfere a propriedade e já não possui mais qualquer vínculo com a coisa ou com a construção. Contudo, por uma questão comercial, muitas

⁶⁸⁴ É também bastante comum na incorporação imobiliária, que antes de ser assinada propriamente a promessa de compra ou promessa de permuta ou mesmo lavrada a escritura, mas visando criar algum vínculo jurídico entre os contratantes, seja assinada a “opção de compra” que, segundo Tatiana Bonatti Peres, é conceituada como “[...] contrato que tem por objetivo proteger os interesses do outorgante, enquanto avalia se tem condições e/ou interesse na aquisição do bem opcionado, ou para que seja possível a especulação ou intermediação com a cessão do direito de opção de compra” (PERES, Tatiana Bonatti. *Opção de compra*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 195). Embora seja frequentemente utilizado o instrumento da opção de compra, sua dificuldade operacional diz respeito à impossibilidade de oponibilidade perante terceiros, em razão do sistema registral *numerus clausus* e da inexistência de previsão para o seu registro. Assim, em caso de alienação do bem, restará ao outorgante apenas pleitear a indenização por perdas e danos.

⁶⁸⁵ A respeito do tema, Samantha Dangot assevera que, na prática imobiliária, as partes optam por realizar a permuta física ou financeira. Sendo a hipótese de permuta física, “[...] O proprietário transfere o terreno objeto do empreendimento imobiliário para a incorporadora por meio de uma escritura pública de compra e venda, contra o pagamento de uma nota promissória *pro soluto*. No mesmo ato, as partes lavram uma escritura pública de novação e confissão da dívida do incorporador perante o proprietário, com a promessa de entregar em dação em pagamento a área a ser construída no local, representada pelas futuras unidades permutadas, ou definir a quantidade de metros quadrados de área construída que o proprietário irá receber pela transferência do terreno ao incorporador”. Na hipótese de permuta financeira, a regra segue basicamente a mesma ideia, contudo “[...] embora titular das unidades, as partes pactuam que o proprietário vai receber o valor decorrente da venda destas unidades a terceiros, cujas regras estarão dispostas na escritura de novação e confissão de dívida”. Também é possível que proprietário e incorporadora resolvam realizar instrumentos societários para melhor estruturar a sua relação, hipótese em que é conferido ao incorporador, a partir de uma cláusula-mandato, os poderes inerentes para prosseguir com os atos necessários para a incorporação imobiliária. Assim, as partes podem constituir Sociedades de Propósito Específico (SPE) ou, ainda, constituir Consórcios”. Vide mais a respeito do tema in: DANGOT, Samantha. *A compra e venda e a permuta na incorporação imobiliária (estudo de caso)*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20146> Acesso em: 04 ago. 2021.

incorporadoras preferirão a permuta imobiliária, em razão da desnecessidade de pagamento do preço antes de dar início às obras.

Nesse caso, o convencimento do proprietário para que conceda a titularidade do imóvel por permuta deve ocorrer por meio da elevação da proposta financeira. Exemplifiquemos. Imagine-se o proprietário de um terreno que o anuncia à venda pelo valor de dez milhões de reais. Em vez de o incorporador adquirir o imóvel pelo preço anunciado, sugere a permuta do terreno por unidades futuras argumentando que, finalizadas as obras, o proprietário passará a ser titular de diversas unidades autônomas que, somadas, terão valor comercial aproximado de quinze milhões de reais. Como se nota, há uma questão de divisão de riscos. O proprietário do terreno, ao aceitar a permuta (e, conseqüentemente um maior retorno financeiro) assume maiores riscos. Isso porque o recebimento do preço fica projetado ao futuro, o que traz maiores incertezas (conclusão da obra, sucesso de vendas do empreendimento, etc.), embora em resultados financeiros mais promissores.

Independentemente da opção contratual e comercial estabelecida pelo dono do terreno e o incorporador (desde que admitidas pela Lei 4.591/1964), será necessária a verificação da situação jurídica do proprietário e do imóvel. Se o proprietário tiver apontamentos de dívida em seu nome que o possam levar à insolvência ou se a coisa possuir constrição ou litigiosidade, o ato de disposição pode ser reputado como fraudulento (fraude à execução ou fraude contra credores) ou, ainda, o imóvel pode ser objeto de decretação de evicção. Analisemos tais riscos, iniciando pelo risco de o ato de disposição da coisa ser reputado fraudulento.

Ressalte-se, contudo, que não é objetivo do presente trabalho tratar dos requisitos da fraude à execução e da fraude contra credores, objeto de estudo de diversos autores⁶⁸⁶. O que

⁶⁸⁶ A respeito desses temas, vide: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude de execução. Alienação de bem pelo devedor quando em curso ação de conhecimento. Boa-fé do terceiro adquirente. Relevância do elemento subjetivo. Inconfiguração de fraude (Parecer)*. *Revista Síntese*. Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, vol. 1, n. 5. CAHALI, Youssef Said. *Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; GOMIDE, Alexandre Junqueira. A proteção do terceiro adquirente na fraude de execução e a edição da Súmula 375, do Superior Tribunal de Justiça. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 13, n. 25, janeiro/junho 2010, p. 11 a 41; GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Fraudes patrimoniais no novo Código de Processo Civil: em defesa da proteção do terceiro adquirente de boa-fé e do PL 5.882/2016*. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. Ano 1, n. 1. Novembro de 2018; DIDIER JR., Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei 13.097/2015 e o CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 16, n. 23, p. 310-330, julho/dezembro de 2018.

importa ao presente trabalho é entender o dever de diligência a ser adotado pelo incorporador na aquisição da titularidade da coisa, para que se evite o risco de o negócio jurídico firmado com o proprietário do terreno ser reputado fraudulento.

A questão é controversa em razão de o ordenamento brasileiro não ser suficientemente claro a respeito dos requisitos necessários para que a aquisição seja considerada absolutamente regular ou mesmo para confirmar a presunção de boa-fé do adquirente.

O embate diz respeito à incongruência da Súmula 375, do Superior Tribunal de Justiça⁶⁸⁷ e do artigo 54, da Lei 13.097/2015⁶⁸⁸, com o artigo 792, inciso IV, do Código de Processo Civil⁶⁸⁹. Enquanto a Súmula 375 e a Lei 13.097/2015 conferem maior proteção ao terceiro adquirente, presumindo a sua boa-fé quando inexistir averbação ou registro na matrícula do bem a respeito de questões que poderiam vir a tornar duvidosa a aquisição, o atual Código de Processo Civil (posterior à referida Súmula e à Lei 13.097/2015), reputa

⁶⁸⁷ Súmula n. 375. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

⁶⁸⁸ Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

A constitucionalidade da Lei 13.097/2015 e adequação de seus termos ao atual Código de Processo Civil foi ressaltada por Fredie Didier Junior e Paula Sarno Braga em artigo recente: DIDIER JR., Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei 13.097/2015 e o CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 16, n. 23, p. 310-330, julho/dezembro de 2018.

⁶⁸⁹ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

fraude à execução “quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”. Pela leitura do dispositivo, bastaria a ação em curso, independentemente de existir ou não averbação ou registro na matrícula de bem. Retoma-se, a princípio, a discussão envolvendo se há necessidade de uma auditoria sobre questões jurídicas e, conseqüentemente, quais seriam os documentos e certidões que devem ser obtidos pelo adquirente para que sua conduta seja reputada de boa-fé⁶⁹⁰.

Embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha destacado que “a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova”⁶⁹¹, há embate entre os próprios ministros da Corte. Embora a Min. Nancy tenha sido a relatora do julgado referido recurso, esteve ausente justificadamente na data do julgamento (daí a relatoria para o acórdão pelo Min. João Otávio de Noronha). A referida ministra, em artigo publicado enquanto não havia encerrado o julgamento, sustentou que “na alienação de imóveis em fraude de execução, deve subsistir a presunção relativa de má-fé do terceiro adquirente, salvo se houver registro da penhora na matrícula do bem, hipótese em que tal presunção será absoluta”⁶⁹².

A fragilidade do texto legal as incertezas dos rumos da jurisprudência têm permitido a elaboração de projetos de lei que pretendem alterar a atual redação do artigo 792, inciso IV, do Código de Processo Civil⁶⁹³, no intuito conferir maior segurança na aquisição imobiliária.

⁶⁹⁰ Quando da leitura do art. 792, § 2º, o intérprete pode entender desnecessária a obtenção de tais certidões. Isso porque o referido dispositivo determina que “no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem”. Considerando-se que o bem imóvel é um bem sujeito a registro, poder-se-ia dizer que é desnecessário proceder à busca das certidões dos distribuidores, uma vez que a determinação da lei se impõe apenas aos bens *não* sujeitos a registro. A questão não é tão simples. Se o inciso IV declara que basta uma ação em curso para a decretação de fraude à execução, como compatibilizar tal assertiva com o § 2º? A Lei pode ensejar interpretações dúbias.

⁶⁹¹ REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014.

⁶⁹² (ANDRIGHI, Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt. Fraude de execução: o Enunciado 375 da Súmula/STJ e o Projeto do novo Código de Processo Civil. In: ARRUDA ALVIM (coord.). *Execução e temas afins. Do CPC 1973 ao novo CPC*: Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 357).

⁶⁹³ Há, nesse sentido, projeto de Lei em curso (PL 5.882/2016), proveniente da Câmara dos Deputados, em que o Dep. Carlos Bezerra, após referir-se ao artigo publicado por nós no jornal Valor Econômico (GOMIDE, Alexandre Junqueira; RESENDE, Roberta. A aquisição de imóveis no novo CPC. *Jornal Valor Econômico*. Caderno Legislação. 18 junho de 2016), ressaltou a importância de alteração do art. 792, do Código de Processo Civil. Após a justificativa apresentada, sugere-se que o artigo 792, inciso IV, passe a ter a seguinte redação: “quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, observado o disposto no art. 54, IV, e parágrafo único, da Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. *Projeto de Lei 5.882/2016*. Disponível em:

Somos favoráveis a que alteração legislativa torne mais clara a presunção relativa de boa-fé do adquirente quando inexistir informação na matrícula a respeito de situações que possam colocar em risco o negócio jurídico. A legislação poderia, inclusive, determinar quais são os documentos necessários para presunção de boa-fé do adquirente. Caso o legislador entenda não ser suficiente apenas a obtenção de matrícula atualizada com a ausência de registro ou averbação de constrição, a lei poderia explicitar objetivamente quais são as certidões necessárias para tanto.

Nesse sentido, poderia determinar presunção de boa-fé em favor do adquirente que demonstrasse ter obtido, além da certidão de matrícula atualizada, os seguintes documentos relativos aos vendedores: (i) certidão do distribuidor cível da Justiça Estadual; (ii) certidão do distribuidor cível da Justiça Federal; (iii) certidão do distribuidor cível da Justiça do Trabalho; (iv) certidão conjunta relativa a débitos de tributos federais e da dívida ativa da União; (v) certidões de protesto. Embora a auditoria jurídica faculte ao adquirente obter outros documentos para verificar débitos em nome do vendedor e do imóvel, impor a apresentação de outros documentos como forma de comprovação de boa-fé do adquirente poderia retirar a necessária dinâmica para comercialização de imóveis, além de atribuir um desproporcional ônus ao adquirente.

Bom que se argumente que a presunção da boa-fé também não implica desproteção do credor na obtenção do seu crédito, uma vez que poderá, a partir de provas produzidas nos autos, comprovar má-fé do adquirente, ainda que as referidas certidões tenham sido apresentadas pelo adquirente.

No embate entre a presunção da boa-fé subjetiva do adquirente e do eventual prejuízo ao credor, entendemos que é dever do último ser proativo para dar publicidade de seu crédito e utilizar dos instrumentos legais para demonstrar a má-fé de quem procura lesar o seu crédito. Na ação executiva, por exemplo, o exequente pode obter certidão de distribuição para averbação no registro imobiliário, nos termos do artigo 828, do Código de Processo Civil. A averbação de tal certidão dá ciência inequívoca a terceiros a respeito da possibilidade de o imóvel ser executado futuramente para o pagamento da dívida. Advirta-se, inclusive, que embora o artigo 828 do Código de Processo Civil, refira-se apenas às ações

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32138BAE29DEF9D28CF3195B291AAEFB.proposicoesWeb2?codteor=1484165&filename=Avulso+-PL+5882/2016 Acesso em: 11 jul. 2018).

executivas, há julgados que flexibilizam o entendimento para admitir o deferimento de certidão premonitória também em ações de conhecimento⁶⁹⁴.

Tal como já adiantado, ainda que a Lei 13.097/2015 (art. 54) determine a ineficácia de atos jurídicos precedentes nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel, a jurisprudência nem sempre entende dessa maneira. Nessa esteira, de forma bastante recorrente, julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido que, ao não obter as certidões de praxe (ainda que inexista constrição registrada ou averbada na matrícula), a boa-fé do adquirente pode ser afastada⁶⁹⁵. Contudo, o mesmo tribunal possui

⁶⁹⁴ Agravo de instrumento – Inventário – *Indeferimento do pedido de tutela de urgência visando à expedição de certidão premonitória – Possibilidade desta medida no processo de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 300 do Código de Processo Civil* – Ausência de registro do instrumento particular de compra e venda – Vendedores que ainda figuram como titulares do bem na matrícula do imóvel – Manutenção da rejeição do pleito, sob pena de ofensa ao Princípio da Continuidade Registral, arts. 195 e 237 da Lei n. 6.015/73 – Citação que deve ser realizada por oficial de justiça na hipótese de frustração do ato por meio do correio – Situação não verificada, por ora, nos autos – Inteligência dos arts. 247 e 249 do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2065734-63.2020.8.26.0000; Relator (a): César Peixoto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba – 3ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 03/07/2020; Data de Registro: 03/07/2020). Em outro julgado, entendeu-se inclusive que as partes não dependem de autorização para a obtenção da referida certidão. Segundo o julgado “a parte não depende de autorização para obter certidões, solicitação que deve ser encaminhada diretamente à serventia, que por seu turno tampouco depende de submissão do ato à aprovação do Juízo correspondente, sendo o ato da certificação praticado no âmbito dos poderes de documentação naturalmente afeitos à atividade dos auxiliares da Justiça, conforme expressa previsão do art. 152, V, do CPC [...] Nada impede, portanto, que a parte se dirija à serventia e solicite certidão que indique o ajuizamento da ação, a identificação das partes e o valor da causa, com vistas à averbação em registro em que constem bens de titularidade do devedor”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2282664-12.2019.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/03/2020; Data de Registro: 20/03/2020). Em sentido contrário: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – ação de cobrança – insurgência contra decisão que indeferiu a expedição da certidão premonitória prevista no art. 828 do CPC – inconformismo injustificado, eis que se trata de providência exclusiva dos processos de execução – possibilidade de deferimento da medida em antecipação de tutela em processo de conhecimento quando presentes os requisitos do art. 300 do CPC, o que todavia não ocorre no caso em tela – decisão mantida – recurso improvido”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2228495-75.2019.8.26.0000; Relator (a): Jovino de Syllos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Andradina – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2020; Data de Registro: 18/02/2020). A respeito do tema, vide o artigo redigido por Daniel Penteado de Castro. CASTRO, Daniel Penteado de. Expedição de certidão premonitória em ação de conhecimento. *Migalhas*. Coluna CPC na prática. Publicado em 25/01/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/273074/expedicao-de-certidao-premonitoria-em-acao-de-conhecimento>. Acesso em: 06 jul. 2020.

⁶⁹⁵ Nesse sentido: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Fraude à execução - Alienação de imóvel após a citação do executado – Escritura lavrada após a distribuição da ação de execução em face da empresa alienante – Compradora não adotou as cautelas mínimas para a celebração do negócio, deixando de exigir as certidões do cartório distribuidor referentes à vendedora – Vínculo conjugal entre sócio da executada alienante e a representante legal da empresa adquirente - Ciência inequívoca de que a empresa alienante mantinha negócios em outro estado da federação, razão pela qual a tese de desconhecimento do processo não merece acolhimento – Presunção de boa-fé afastada – RATIFICAÇÃO DO JULGADO – Artigo 252, do Regimento Interno do TJSP – Aplicabilidade – Decisão mantida — RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2263722-92.2020.8.26.0000; Relator (a): Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2021; Data de Registro: 15/09/2021). No mesmo sentido: (TJSP; Apelação Cível 1009291-36.2020.8.26.0477; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Cível; Data do

julgados no sentido que a dispensa de certidões não é situação que afastaria a presunção de boa-fé⁶⁹⁶. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a edição do Código de Processo Civil, prossegue na proteção ao terceiro de boa-fé, reputando ser necessário, para a configuração da fraude à execução, o registro da penhora⁶⁹⁷.

Diante da ausência de critérios claros e objetivos da legislação, bem como da oscilação da jurisprudência, a prática demonstra que os incorporadores têm adotado postura cautelosa, realizando auditoria jurídica ampla e completa para se tornarem titulares sobre bens imóveis, não se valendo da presunção de boa-fé, muito menos dispensando as certidões dos distribuidores cíveis.

A instabilidade legal e jurisprudencial, evidentemente, trazem enorme insegurança jurídica. Qual a razão de os compradores de imóveis adotarem conduta que, segundo o vigente texto legal, é desnecessária? É bom ressaltar que boa parte dos brasileiros não possui recursos para a contratação de advogados e diante da permissão conferida aos tabeliães para lavratura das escrituras com a dispensa de certidões (nos termos da nova redação conferida do art. 1º, § 2º, da Lei 7.433/1985⁶⁹⁸), inúmeras famílias adquirem seus imóveis sem a solicitação das certidões, por mais que sejam simples de serem obtidas.

Julgamento: 24/11/2021; Data de Registro: 24/11/2021); Apelação Cível 1015913-75.2018.8.26.0001; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I – Santana – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/11/2020; Data de Registro: 11/11/2020). (TJSP; Apelação Cível 1005911-69.2020.8.26.0003; Relator (a): Irineu Fava; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III – Jabaquara – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/11/2020; Data de Registro: 10/11/2020).

⁶⁹⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, conforme se extrai da Súmula 375 do E. STJ. A despeito da plausibilidade de insolvência decorrente de transação imobiliária realizada no curso da demanda, não fora comprovado conhecimento do adquirente a respeito da demanda promovida contra o vendedor. Mera dispensa de certidões que, malgrado represente desídia, não comprova peremptoriamente a existência de má-fé. Inclusive, dos termos do art. 792 do CPC/15, extrai-se que o ônus do adquirente demonstrar a sua boa-fé mediante certidões se aplica exclusivamente nas hipóteses de aquisição de bem não sujeito a registro, circunstância que não se confunde com a ora em debate, por se tratar da alienação de direito real imobiliário. Precedentes desta E. Corte. SIMULAÇÃO. Alegação de simulação decorrente da ausência de pagamento do preço que não fora suscitada em primeiro grau de jurisdição. Inviabilidade de supressão de instância. RECURSO NÃO PROVIDO, na parte em que conhecido. No mesmo sentido: (TJSP; Agravo de Instrumento 2209473-60.2021.8.26.0000; Relator (a): Rosângela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guararapes - 2ª Vara; Data do Julgamento: 22/11/2021; Data de Registro: 22/11/2021). Apelação 1066584-04.2015.8.26.0100, Rel. Tasso Duarte de Melo, j. 09/11/2016; Apelação 0046534-34.2012.8.26.0114, Rel. Moreira Viegas, j. 10/11/2016. Apelação Cível 1007942-64.2017.8.26.0004; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV – Lapa – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2020; Data de Registro: 21/08/2020).

⁶⁹⁷ Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.140.622/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 05.12.2017, *DJe* 19/12/2017).

⁶⁹⁸ No mesmo sentido, vide o Comunicado CG n. 276/2015 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MjQwMjk=>. Acesso em: 24 out. 2021.

Em nossa opinião, a considerar o vigente teor da Lei 13.097/2015 e não havendo indícios que afastem a presunção da boa-fé de quem se torna titular de um imóvel, a transmissão de titularidade deve ser reputada como válida e eficaz. Somente fatos que concretamente apontam para o ato fraudulento é que devem afastar a boa-fé do terceiro adquirente. Assim, a mera dispensa de certidões não deveria significar indícios para fraude à execução. Naturalmente que eventual alteração legislativa pode alterar essa premissa.

Ainda a respeito dessa questão, relevante destacar que é requisito indispensável para a configuração da fraude à execução (ou contra credores) a insolvência do alienante, nos termos do artigo 792, inciso II, do Código de Processo Civil e do art. 158, do Código Civil. Assim, se ao momento em que o contrato é firmado, o alienante comprova patrimônio superior para saldar a dívida, inexistirá ato fraudulento.

Prosseguindo nos riscos envolvidos na aquisição da titularidade do imóvel, resta a análise da evicção⁶⁹⁹ que consiste na existência de um vício jurídico relativamente ao objeto do negócio, por defeito na sua titularidade⁷⁰⁰. Segundo o artigo 447, do Código Civil, nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. A evicção determina indenização e não apenas restituição da contraprestação. Assim, além da restituição integral do preço⁷⁰¹, o evicto tem o direito (i) à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir; (ii) à indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção, além (iii) do reembolso das custas judiciais e dos honorários do advogado por ele constituído (artigo 450, do Código Civil).

⁶⁹⁹ A evicção, segundo Araken de Assis é a “privação de alguma utilidade do bem recebido, no sentido mais amplo possível, em geral objeto de prestação contratual, por força de direito anterior ao negócio jurídico”. ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito das Obrigações* (artigos 421 a 578). vol. V. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. São Paulo: Forense, 2007. p. 359.

⁷⁰⁰ Segundo Pontes de Miranda, “[...] há vício jurídico quando, por defeito na titularidade do devedor que prestou, o credor recebe direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou como o que, em virtude de lei, tinha de adimplir”. Assim, ainda segundo o autor, “[...] nos contratos onerosos, o outorgante tem de prestar o que prometeu, de modo que o outorgado esteja a salvo quanto a direitos, pretensões e ações de outrem no tocante ao objeto da prestação”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vício de direito. Vício do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais. Tomo XXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 4.214, n. 1 e § 4.216, respectivamente, p. 157 e p.169).*

⁷⁰¹ O que deve ser levado em conta é o valor da coisa no momento da evicção (art. 450, parágrafo único). A respeito do valor de indenização no caso da evicção, ver STANICIA, Sergio Tuthill. Da restituição do preço face às alterações de valor da coisa evicta. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 105. jan/dez. 2010. p. 689-724.

Para que se evite o risco da evicção é necessário que se verifique a cadeia dominial do bem, de forma a conferir a titularidade do proprietário alienante, bem como a regularidade das transações anteriores. Assim, relevante que o incorporador, ao verificar a matrícula imobiliária, analise as averbações e registros pretéritos. Sem prejuízo, as certidões dos distribuidores também poderão indicar ações em desfavor dos antigos proprietários ou ajuizadas por terceiros que buscam pleitear a titularidade da coisa para si (seja para a declaração de nulidade/anulação de negócio jurídico ou mesmo usucapião).

Atente-se que o já referido artigo 54, da Lei 13.097/2015, também confere proteção ao adquirente pela evicção. O parágrafo único do dispositivo destaca que as situações jurídicas não constantes da matrícula, “inclusive para fins de evicção”, não poderão ser opostas ao terceiro de boa-fé.

Nesse sentido, segundo José Roberto de Castro Neves⁷⁰², a partir do referido preceito, dá-se fundamental importância à matrícula do imóvel e

[...] caso terceiro inocente efetue o negócio de aquisição de imóvel, tendo-se valido de informações constantes no registro do bem que não faziam qualquer ressalva à alguma irregularidade ou inconsistência da cadeia de domínio -, o ordenamento, na forma dos artigos 54 e 55 da Lei 13.097/2015, deve inclinar-se para amparar esse adquirente bem intencionado, caso, depois do negócio, surja um terceiro alegando ser o *versus dominus*.

Mas ainda que a legislação possua regramento de proteção ao evicto, o Código Civil estabelece interessantes instrumentos legais de gestão do risco, facultando aos contratantes estabelecerem, no contrato, cláusulas para reforçar, diminuir ou até mesmo excluir a responsabilidade pela evicção (art. 448, do Código Civil).

Ainda que as partes tenham excluído a garantia contra a evicção, se esta se der, terá o evicto direito a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção ou, dele informado, não o assumiu (art. 449). Assim, ensina Pontes de Miranda⁷⁰³

⁷⁰² NEVES, José Roberto de Castro. Evicção e boa-fé registral. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021. p. 110.

⁷⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. Direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vício de direito. Vício do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais. Tomo XXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 4.222, n. 1, p. 213.

que mesmo que a responsabilidade tenha sido totalmente excluída, restitui-se o preço⁷⁰⁴, ou seja, a exclusão está sujeita a limite, a no mínimo, a restituição do valor pago, de forma a salvar o sinalagma.

A única hipótese em que não haverá sequer a restituição do preço, é aquela em que (i) há cláusula de exclusão de responsabilidade; (ii) o outorgado sabia da litigiosidade da coisa e (iii) assumiu o risco de evicção. Nesse caso, o contrato é entendido como contrato aleatório e, portanto, aplicam-se os artigos 460 e 461⁷⁰⁵ do Código Civil.

A depender das circunstâncias do caso (sobretudo comerciais), ainda que a coisa esteja sendo reivindicada por terceiro em ação judicial, o incorporador pode manter o interesse no negócio jurídico. A questão de assumir ou não o risco da evicção pode ter influência no preço a ser pago. Exemplificamos. Se o risco de evicção for considerado médio ou elevado, o incorporador, ciente, pode optar por seguir na contratação, pagando metade do preço que a coisa efetivamente vale, mas sem renunciar ao direito à evicção, o que lhe garante, ao menos, o direito a receber o preço pago. Por outro lado, se o alienante impõe a cláusula de *non praestanda evictione*, ainda assim o incorporador pode seguir na

⁷⁰⁴ Nessa hipótese, a restituição do preço, segundo Araken de Assis, será realizada com reajuste monetário pelo índice previsto no art. 404, *caput* do Código Civil, tal como já entendido pelo STJ, quando do julgamento do REsp 39.347-SC. Ainda segundo o autor, o evicto tem direito à restituição pelo valor do bem ao preço em que dele desapossado. (ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito das Obrigações* (artigos 421 a 578). vol. V. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. São Paulo: Forense, 2007. p. 384).

⁷⁰⁵ Nesse sentido, cite-se as palavras de Pontes de Miranda: “Houve cláusula pré-excludente da responsabilidade pela evicção e sobreveio a evicção. Ou a) o outorgado *sabia* do risco da evicção ao tempo da conclusão do contrato ou do recebimento da prestação, ou foi informado e o assumiu; ou b) o outorgado não sabia do risco da evicção, ou, informado, o não assumiu. Nas espécies a) não há invocabilidade do artigo 1.108 do Código Civil; somente nas espécies b), há restituição da contraprestação”. O referido artigo 1.108, do Código Civil de 1916, atualmente corresponde ao 449, do Código Civil de 2002. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vício de direito. Vício do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais. Tomo XXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. § 4.222, n. 4, p. 216). No mesmo sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira: “[o] adquirente não pode demandar pela evicção, afora as hipóteses supramencionadas [relativas à cláusula de *non praestanda evictione* e à renúncia do adquirente], quando falta algum dos seus pressupostos essenciais: [...] b) não há responsabilidade para o alienante se o adquirente sabia que a coisa era alheia, porque seria ele, no caso, um cúmplice do apropriação, e não pode fundar, na sua conduta ilícita, uma pretensão jurídica; c) igualmente inexistente se sabia o adquirente que a coisa era litigiosa, porque então estava ciente de que a prestação do outro contratante dependia de acerto judicial que lhe podia ser desfavorável; d) se foi informado do risco da evicção e o assumiu expressamente, liberando o alienante das respectivas consequências, porque um tal contrato seria aleatório, não lhe cabendo reclamar pelo fato de nada vir a existir da coisa adquirida (*emptio spei*)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. III. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 120-121). Também no mesmo sentido: (GOMES, Orlando. *Contratos*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 97).*

contratação. Nesse caso, ainda que o contrato se classifique como aleatório, o preço envolvido e o baixo risco de o vício se consubstanciar podem justificar a contratação.

A questão, como se nota, é a assunção dos riscos envolvidos no negócio. Na prática da incorporação, as empresas não pretendem assumir o risco pela evicção, a considerar os elevados prejuízos que dela podem advir (além da elevada perda financeira, também há perda do esforço de diversos profissionais ao longo do tempo). Tudo que o incorporador quer, portanto, é evitar o risco de evicção. Todavia, como ressaltado, situações excepcionais podem ocorrer, sobretudo nas grandes cidades, onde a oferta de imóveis é cada vez menor.

Ao final, relevante destacar que o risco de evicção ou fraude patrimonial possui proteção legal em relação aos adquirentes das unidades imobiliárias integrantes de incorporação imobiliária. Assim, segundo o artigo 55, da Lei 13.097/2015⁷⁰⁶, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia as unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, ficando sub-rogados no preço ou crédito os eventuais credores do alienante.

3.2.2 Os riscos de insucesso de vendas do empreendimento

Tendo realizado o registro da incorporação imobiliária, o incorporador pode dar início às vendas das unidades. Naturalmente que ao conceber o empreendimento, o incorporador já realizou preventivamente estudos técnicos e mercadológicos a respeito do interesse comercial na aquisição de unidades daquela incorporação imobiliária.

O estudo mercadológico pode indicar o sucesso de vendas, considerando diversos fatores, tais como (i) o *status* da economia e o poderio econômico dos adquirentes projetados para o lançamento da incorporação; (ii) o sucesso de vendas que teve outro empreendimento naquela região; (iii) a escassez de empreendimentos em determinada região que, por sua vez, se desenvolve com velocidade; (iv) a notícia de criação de parque municipal em frente ao terreno, onde antes era terreno baldio e ocupado majoritariamente por usuários de drogas;

⁷⁰⁶ Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

(v) a deflagração de uma pandemia mundial, fato que pode impulsionar o desejo das famílias em substituir seu imóvel ou adquirir outro de veraneio, entre outros fatores.

Contudo, naturalmente que o efetivo sucesso de vendas das unidades do empreendimento somente se confirma com seu lançamento. Se, na data de abertura do estande de vendas, o incorporador aliena metade das unidades, o sucesso resta comprovado. Por outro lado, é possível que o efeito de uma crise econômica mundial faça com que possíveis interessados se tornem mais cautelosos para investimentos imobiliários. Também é possível que a notícia do lançamento de uma boate em frente ao futuro empreendimento residencial faça com que famílias interessadas em adquirir o imóvel venham a preferir outro local.

Ressalte-se que é risco elevado ao incorporador seguir na incorporação imobiliária sem ter a confirmação do sucesso comercial do empreendimento. Isso porque, como já se disse anteriormente, a concepção da obra, regra geral, depende dos recursos que serão pagos pelos adquirentes no curso do contrato.

É justamente em razão de tal risco que a própria Lei 4.591/1964 possui relevante mecanismo legal de gestão de risco para que o incorporador, a partir do registro da incorporação, possa se arrepender da incorporação imobiliária (cláusula de carência, estabelecida no artigo 34⁷⁰⁷).

Assim, mesmo após o registro da incorporação imobiliária e alienação de parte das unidades, caso o incorporador verifique que as vendas no lançamento não alcançaram suas expectativas, o incorporador poderá, segundo a lei e as condições estipuladas no memorial de incorporação⁷⁰⁸, informar ao Cartório de Registro de Imóveis e comunicar, por escrito, a

⁷⁰⁷ Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento. § 1º A fixação do prazo de carência será feita pela declaração a que se refere a alínea "n", do art. 32 onde se fixem as condições que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento. § 2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se fôr o caso, de sua revalidação.

⁷⁰⁸ Segundo Melhim Chalhub, "A lei faculta ao incorporador desistir da realização do empreendimento, se verificar que não há condições de mercado para absorver as unidades e sustentar o custo da construção [...] Na declaração de carência, o incorporador fixará as condições em que poderá exercer a faculdade de desistir do negócio; em geral, a condição básica é a obtenção de determinado limite mínimo de venda de unidades. O prazo máximo de carência é de 180 dias, desde que não ultrapasse o termo final de validade do registro da incorporação, ou, se for o caso, de sua revalidação". (CHALHUB, Melhim. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 79).

cada um dos adquirentes, a desistência da concepção do empreendimento, realizando a devolução dos valores pagos⁷⁰⁹.

Em razão da desistência daquela incorporação imobiliária, a empresa poderá, futuramente, por exemplo, alterar a concepção do empreendimento para alcançar outro tipo de público. Nessa oportunidade, apresenta uma nova incorporação imobiliária a ser registrada na matrícula.

Sem prejuízo, ainda que as vendas não tenham atingido o volume que se esperava no estado de vendas, é plausível que a empresa entenda que as vendas poderão, futuramente, por diversos motivos, ser alavancadas (encerramento de ciclo da crise econômica, ações de *marketing*, dentre outras medidas). Nesse contexto, mesmo diante da possibilidade de desistir da incorporação imobiliária, é possível que o incorporador se sujeite ao risco de continuar na incorporação imobiliária, não obstante o lançamento ter sido realizado com a comercialização de poucas unidades.

Reconhecendo os riscos comerciais de uma incorporação imobiliária, fez por bem o legislador conferir o prazo de carência⁷¹⁰, relevante instrumento legal de gestão de riscos para que o incorporador remedeie o risco de insucesso de vendas e se aventure na concepção de um empreendimento perante uma coletividade, sem ter segurança a respeito da obtenção dos recursos financeiros necessários para erigir a obra.

Uma vez ultrapassado o prazo de tolerância e caso o incorporador não exercite o direito potestativo conferido no dispositivo, deverá obrigar-se perante a coletividade dos

⁷⁰⁹ Ao discorrer a respeito do prazo de carência, Caio Mário da Silva Pereira afirmou que “[...] o que se observava, antes, eram a desordem e a falta de responsabilidade. O incorporador entrava e saía sem ser molestado. Jamais se vinculava ao negócio e nada lhe acontecia quando os candidatos à aquisição de apartamentos ou conjuntos profissionais vinham a ter notícia de que uma incorporação não fora avante. Davase, mesmo, por bem feliz se lhe restituíam, ainda sem juros, as prestações que realizara, em moeda de poder aquisitivo aviltado pela inflação. O incorporador, que experimentara o mercado e mobilizara o dinheiro alheio, financiando seus próprios negócios, não era por ninguém molestado, já que aos prejudicados nada mais restava além de inúteis reclamações, ficando o reembolso do despendido na dependência da boa vontade do devedor ou da sua solvência [...] Ao tomar as primeiras providências relativas a um conjunto residencial, comercial ou profissional, o incorporador não tendo certeza das condições de mercado, pode admitir a hipótese do arrependimento. Mas, para que não incorra nas perdas e danos deve proceder lisamente, deixando consignada a faculdade de desistir. Para usá-la, terá de deixar juntamente com os documentos a serem arquivados em Cartório, a declaração expressa do prazo de carência [...] Nesse tempo, tem perfeitas condições de avaliar a reação do mercado e verificar se é viável o negócio. Em caso afirmativo, vai em frente”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 267-268).

⁷¹⁰ Referido prazo restou suspenso entre 10 de junho de 2.020 até 30 de outubro de 2.020, nos termos do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 14.010/2.020.

adquirentes e o aumento da taxa de esforço para a concepção do empreendimento, tais como aumento do custo do material de construção, dificuldade na obtenção de mão de obra, dificuldades administrativas para obtenção das licenças e aprovações é risco próprio do incorporador e, não havendo qualquer consequência que ultrapasse a álea normal da atividade, não haverá fundamento para o pleito de revisão contratual.

3.2.3 Os riscos decorrentes da extinção contratual e unilateral por iniciativa do adquirente

Tal como verificado anteriormente, ainda que estabelecida cláusula de carência no memorial de incorporação, se as vendas alcançarem elevados patamares, o incorporador deixa transcorrer o prazo de arrependimento, porque passa a ter maior segurança da entrada dos necessários recursos financeiros para dar início às obras. Não há mais retorno.

É natural imaginar que essa decisão é tomada pelo incorporador ao pressupor o pagamento do preço prometido pelos adquirentes e a manutenção do contrato.

Não se olvide, contudo, que a aquisição de um imóvel é uma atitude a ser realizada sempre de forma refletida, sobretudo quando firmada por consumidores que o fazem para aquisição da casa própria e porque podem envolver financiamento habitacional em contrato de longa duração.

Todavia, é possível imaginar a carga emocional das pessoas ao adentrarem em um estande de vendas. Os estandes de venda possuem maquetes e modelos de apartamentos decorados, alguns com elevado requinte (mesmo em imóveis populares). Além disso, a demonstração das unidades é realizada por corretores que, por razões óbvias, têm interesse que o contrato de compra e venda seja firmado. Ressalte-se também não são todos os adquirentes que fazem consultas prévias para obter informações a respeito da concessão do crédito imobiliário para conseguirão (ou não) obter aprovação do mútuo necessário para o financiamento da sua unidade.

Além disso, é possível que tenha adquirido unidade que não atenda exatamente às expectativas da família, seja em razão do local do empreendimento, do tamanho da unidade, da configuração da construção, dentre outros diversos fatores.

Embora o adquirente possa ter se arrependido após a aquisição do imóvel, o incorporador, porque se obriga perante uma coletividade, deve ter a segurança de que aquele contrato não será extinto de forma unilateral, sem fundamento.

A irretratabilidade do contrato, portanto, é questão relevante na incorporação imobiliária. Prevista no artigo 1.417, do Código Civil⁷¹¹, a disposição importa não apenas para o promitente vendedor, que tem proteção contra a desistência imotivada do promitente comprador, mas, também, porque confere direito real de aquisição em favor do adquirente, quando o instrumento público ou particular é registrado no Registro de Imóveis⁷¹².

No âmbito da incorporação imobiliária, embora as partes, regra geral, estabeleçam a irretratabilidade da avença, com o passar dos anos, a jurisprudência passou a permitir a iniciativa unilateral de alguns adquirentes que, embora não apontassem culpa atribuível ao

⁷¹¹ “Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.” É curioso verificar que o Código Civil de 1916, ao ser editado, estabelecia no artigo 1.088 a possibilidade de as partes se arrependerem a qualquer tempo do contrato preliminar, antes da lavratura da escritura. Nesses termos: “Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097”. Contudo, à época de 1930, diversas empresas de loteamento, após firmarem o contrato preliminar, verificando que o lote foi valorizado com o passar dos meses ou anos, simplesmente deixavam de lavrar a escritura, desistindo do contrato. Como bem asseverou Roberta Mauro Medina Maia, “[...] era comum que, em virtude da valorização do metro quadrado dos imóveis prometidos à venda, os promitentes vendedores desistissem do negócio preliminar, arcando com as perdas e danos, no intuito de alienar o mesmo imóvel, por quantia mais elevada que a originalmente obtida”. (MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda: notas sobre a Lei 13.786/2018. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 546). Ainda que as empresas ressarcissem à outra parte as perdas e danos resultantes do arrependimento, aparentemente essa prática continuava valendo a pena. Essa prática, inclusive, deu ensejo à edição do Decreto 58/37 que, em seus considerandos, asseverou “Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que êsse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das emprêsas vendedoras”. Nesses termos, o artigo 22, alterado pela Lei 649/1949 e, posteriormente, pela Lei 6.014/1973, passou a permitir a irretratabilidade dos instrumentos: “Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil”. A irretratabilidade, anos depois, foi estendida pela Lei 6.766/79: “Art. 25. São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros”.

⁷¹² À exceção da compra e venda decorrente do parcelamento de solo urbano, que é *sempre* irretratável (artigo 25), a compra e venda nos demais contratos imobiliários admite que os contratantes, em razão da autonomia privada e liberdade contratual estabeleçam o direito de arrependimento apenas a uma das partes, hipótese em que também é comum o pagamento de arras penitenciais. Ademais, tal como será verificado à frente, atualmente, com a alteração da Lei 13.786/2018, a compra e venda na incorporação imobiliária é sempre um contrato que permite o arrependimento (seja relação de consumo ou não), nos termos do artigo 67-A, § 10º, da Lei 4.591/1964).

vendedor, buscavam a extinção do contrato de promessa de compra e venda. Na maioria dos casos, eram adquirentes que manifestavam à incorporadora o desejo de extinguir a avença em razão de dificuldades financeiras.

A respeito do tema, José Osório de Azevedo Junior⁷¹³ foi um dos primeiros a tratar da “questão particularmente difícil” para saber “se o próprio compromissário comprador que deixou de pagar o preço pode tomar a iniciativa de dar o contrato por resolvido e pedir a devolução das prestações pagas”.

A questão, de fato, não era simples de resolver. Se, por um lado, a promessa de venda e compra é instrumento *irretratável*, não permitindo a mera desistência, o que fazer nas situações em que o adquirente não possui mais condições de prosseguir adimplindo as prestações? Em diversos casos, o adquirente, manifestando dificuldades financeiras, procurava o incorporador e firmava distrato, resolvendo a avença amigavelmente (e sendo reembolsado de parte do que pagou). Em outras situações, o adquirente indicava terceiro para que os direitos aquisitivos do imóvel fossem a ele cedidos (com a anuência da incorporadora). Contudo, em outros casos, o incorporador se mostrava inflexível para a extinção contratual ou apresentava ao adquirente valores de reembolso desmedidos, forçando a resolução contratual por meio de ação judicial.

Nesse sentido, nos anos 1990, surgiram os primeiros acórdãos no Tribunal de Justiça de São Paulo que passaram a permitir que mesmo sendo o inadimplemento fato imputável ao devedor, a ação poderia ser de sua iniciativa, porque a imputação seria de culpa e não dolo. Em voto de relatoria do próprio Des. José Osório de Azevedo Junior⁷¹⁴, entendeu-se pela possibilidade de “vencimento antecipado do contrato” quando houvesse “motivo eticamente justificável” para a extinção contratual.

⁷¹³ AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 205.

⁷¹⁴ Nos termos do julgado: “[...] no caso dos autos, contudo, é certo que o autor não comprovou a impossibilidade da prestação, em termos técnico-jurídicos. Caso contrário, seria viável, em tese, o afastamento de sua responsabilidade, nos termos do artigo 865, 1ª parte, do CC. Assim, fica-se com a afirmação inicial de que o inadimplemento ocorreu por fato imputável ao devedor. Mas a imputação é de mera culpa ao contratar. Não há qualquer sinal de dolo por parte dos autores. Resulta claro dos autos que a negativa de pagamento se deu em razão de empecilhos econômicos e não com finalidades escusas de causar dano ao vendedor, ou por mera malícia de não pagar porque não quer, mesmo tendo meios para tanto, sem risco de ruína. De qualquer forma, a culpa é suficiente para deixar o devedor em situação de responsabilidade. Mas responsabilidade atenuada, sempre que possível, pois resulta claro de todo o sistema do Código de Defesa do Consumidor – e particularmente de seu artigo 53 – que um de seus objetivos é evitar que uma aquisição pouco amadurecida possa levar o adquirente ao desastre econômico”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 38.024.4/7, j. 18/06/1998, *Boletim AASP* 2.079).

No mesmo sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça também permitiam a iniciativa do adquirente para extinguir unilateralmente o contrato, com destaques para acórdãos de relatoria do Min. Ruy Rosado Aguiar⁷¹⁵ que, em sua obra⁷¹⁶ também manifestou a possibilidade de o devedor propor ação para resolver o contrato quando fundamentasse o seu pedido na “[...] superveniente modificação das circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente a contratos de longa duração para aquisição de unidades habitacionais, em que os compradores alegam insuportabilidade das prestações”.

Contudo, referidos julgados eram, nos anos 1990, quase inexpressivos e aplicados, na maioria das vezes, quando havia *comprovada* impossibilidade de cumprimento das obrigações financeiras dos adquirentes⁷¹⁷.

Com o passar dos anos, todavia, em algum desvio jurisprudencial, tornaram-se mais comuns as decisões judiciais que permitiam a extinção do vínculo contratual, em razão de pleito unilateral formulado pelo adquirente, não apenas quando este discordava dos valores envolvidos para retenção, mas, também, em situações em que o comprador se mostrava meramente insatisfeito com a aquisição.

Em alguns casos, embora as provas indicassem que o comprador tinha recursos para prosseguir com a contratação, mesmo não havendo inadimplemento do incorporador, a ação era julgada procedente para extinguir o contrato, tal como se fosse uma faculdade dos contratantes seguirem vinculados ao contrato. Nesses termos, fácil identificar julgados que, a exemplo disso, permitiam, a ‘resilição unilateral’ do compromisso de compra e venda por ‘conveniência do comprador’⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Vide, por exemplo: “[...] a nulidade de pleno direito da cláusula de decaimento, que prevê a perda da totalidade das prestações pagas pelo promissário comprador em caso de inadimplemento, também se reconhece quando a ação é de iniciativa do comprador” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 109.331, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 24/02/1997). No mesmo sentido: “O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte”. (EResp 59.870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281).

⁷¹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 165.

⁷¹⁷ Nesses termos, vide “O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte”. (EResp 59.870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281)

⁷¹⁸ “[...] a lei consumerista autoriza a resilição do compromisso de compra e venda por conveniência do comprador (artigos 6º, V, 51, II, 53 e 54). No mesmo sentido vem a Súmula 1 desta corte” (TJSP; Apelação

Assim, a jurisprudência, sobretudo a partir de 2009, passou a acolher o pedido do adquirente para a extinção do vínculo contratual, sem a necessidade de serem comprovados maiores fundamentos. Em determinada decisão judicial, chegou-se a dizer que “quanto ao desejo de rescindir o contrato, temos que este é garantido a qualquer parte integrante de um acordo, já que ninguém é obrigado a manter-se no cumprimento de um negócio ao qual não mais lhe interessa⁷¹⁹”.

A respeito do tema e em razão dos casos que se avolumavam, algumas súmulas foram editadas. Nesse sentido, cite-se a Súmula n. 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷²⁰, editada em 2009 e a Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça⁷²¹, editada no ano de 2015.

Tal como bem pontuado por Francisco Loureiro⁷²², referidas súmulas não deveriam ser interpretadas como permissão para a extinção unilateral do vínculo contratual, como se todo contrato contivesse um direito potestativo de arrependimento sem prazo.

1037516-86.2014.8.26.0506; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2018; Data de Registro: 14/12/2018).

⁷¹⁹ TJSP. Processo n. 1075104-84.2014.8.26.0100. 23ª Vara Cível do Foro Central. Referida decisão foi analisada em artigo por nós elaborado em GOMIDE, Alexandre Junqueira. Tempos de incertezas. Fim da vinculação das partes aos contratos? *Migalhas*. Publicado em 10/12/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/231277/tempos-de-incertezas-fim-da-vinculacao-das-partes-aos-contratos> Acesso em: 11 jul. 2021. No mesmo sentido da referida decisão: APELAÇÃO CÍVEL. Rescisão contratual. Compra e venda de lote. Sentença de parcial procedência, determinando-se às rés a devolução de 80% dos valores pagos pelo autor. Insurgência das rés. CLÁUSULA DE IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE. Alegação das vendedoras de impossibilidade de desfazimento do negócio em razão da existência de cláusula expressa de irretratabilidade e irrevogabilidade. Descabimento. Existência de cláusula contratual nesse sentido que não tem o condão de impedir o desfazimento do negócio. Parte adquirente que não pode ser obrigada a permanecer vinculada a negócio em que não possui mais interesse, em manifesto confronto com o preceito da boa-fé que deve nortear as relações contratuais regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Rescisão que, no caso, mostra-se viável. PERCENTUAL DE RETENÇÃO. Majoração do percentual para 25% das quantias pagas pela parte autora. Percentual que se mostra adequado, considerando-se o valor quitado pelo comprador, bem como a cláusula contratual nesse sentido. Valores que deverão ser devolvidos de uma só vez. JUROS LEGAIS. Incidência apenas do trânsito em julgado. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1013716-71.2018.8.26.0576; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/07/2019; Data de Registro: 19/07/2019)

⁷²⁰ Súmula 1. “O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”.

⁷²¹ Súmula 543: “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

⁷²² Segundo o autor: “Com respaldo em entendimento pretoriano consolidado em duas súmulas de jurisprudência (543 do STJ e 1 do TJSP), passou a se entender, de modo equivocado, que o promitente comprador, ao seu único e exclusivo critério, tem a opção entre executar ou denunciar (desistir) do contrato [...]” (LOUREIRO, Francisco. Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código de Defesa do Consumidor. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *O direito e a incorporação imobiliária*. São Paulo: [s.n.], 2016. Disponível em:

Mas enquanto o mercado imobiliário atravessava o ‘boom imobiliário’ (2008 a 2013, principalmente), os julgados que determinavam a extinção do vínculo contratual sem fundamento não incomodavam sobremaneira os incorporadores: uma vez determinada a cessação contratual, havia enorme mercado de novos adquirentes buscando recomprar a coisa. Assim, além de reter parte do pagamento realizado pelo adquirente, revendiam o bem em bases superiores ao primeiro contrato.

Contudo, a partir de 2014, com o agravamento da crise no setor⁷²³, os pedidos de extinção contratual dispararam, sem que os incorporadores encontrassem novos interessados em readquirir o bem. A jurisprudência permissiva para a extinção do vínculo contratual passou a trazer maiores prejuízos financeiros às incorporadoras e comprometer o fluxo de caixa dos empreendimentos⁷²⁴. Como se pode imaginar, a possibilidade de o adquirente, após alguns meses da aquisição, simplesmente desistir (havendo ou não justificável motivação) do contrato enquanto a obra encontra-se em andamento, eleva sobremaneira o risco contratual do incorporador⁷²⁵.

<https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2016/09/livreto-o-direito-e-a-incorporacao-imobiliaria.pdf>

Acesso em: 13 set. 2021. p. 15). Em outro artigo, o mesmo autor destacou “[...] não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do preço de mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convencionado no momento da celebração, devidamente atualizado”. (LOUREIRO, Francisco. Compromisso de compra e venda de unidades autônomas: distinção entre impossibilidade de cumprimento e desistência do adquirente, à luz das Súmulas 543 do STJ e 1 do TJSP. *Opinião jurídica 4: direito imobiliário*. São Paulo: Secovi-SP, 2016. p. 39). Ainda o mesmo autor, em outro artigo, afirmou que “[...] os verbetes da Súmula 1 do TJSP e da Súmula 543 do STJ podem criar a falsa impressão de que o promitente comprador tem o direito potestativo e imotivado de simplesmente denunciar de modo unilateral o contrato de promessa de venda e compra, se este não for mais de seu interesse”. (LOUREIRO, Francisco. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. In: GUERRA, Alexandre Daranhan de Mello (coord.) *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. vol. 2. p. 716).

⁷²³ No ano de 2015, o volume de empréstimos para aquisição e construção de imóveis caiu 33%, em comparação a 2014, e teve queda de 36% nas unidades contratadas. Ver mais em: CRÉDITO para casa própria tem queda de 33% em 2015, mostra Abecip. *ABECIP na mídia*. Publicado em 26/01/2016. Disponível em: <https://www.abecip.org.br/imprensa/abecip-na-midia/credito-para-casa-propria-tem-queda-de-33-em-2015-mostra-abecip> Acesso em: 10 ago. 2019.

⁷²⁴ André Abelha e Olivar Vitale advertem que em 2015 o índice de pedidos para extinção do contrato (amigável ou judicial) superava 40%, ou seja, de cada cem contratos firmados, quarenta eram extintos por iniciativa dos adquirentes. (ABELHA, André; VITALE, Olivar. Súmula 453 do STJ: por que revisá-la? *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 5. dezembro de 2020. p. 29).

⁷²⁵ Como bem referido por Roberta Mauro Medina Maia, “[...] uma vez resolvido o contrato –, estando em ascensão o valor do metro quadrado no contexto anterior à crise iniciada em 2014, o incorporador depositava em juízo o valor das parcelas pagas pelo adquirente, se necessário fosse, após delas deduzir o montante a ser retido em virtude da cláusula penal, e na sequência, alienava a unidade a terceiros. No entanto, a partir de 2014, com o início da crise econômica no país, de modo generalizado, o mercado imobiliário desaqueceu, e o valor do metro quadrado desvalorizou-se. Com isso, diversos adquirentes de unidades autônomas, mesmo adimplentes, optaram por desistir do negócio, por não mais considerá-lo economicamente vantajoso, impondo aos incorporadores que com eles celebrassem o distrato de tais unidades, ou seja, novo pacto, destinado ao desfazimento do anterior”. (MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de

Na alocação de riscos desse contrato, o incorporador parte do pressuposto que o contrato é irrevogável, cabendo apenas a resolução do contrato por inadimplemento das partes, com o consequente pagamento dos encargos e multas decorrentes do descumprimento. É a partir da irrevogabilidade contratual que o incorporador se obriga perante toda uma coletividade para a construção de empreendimento e entrega de futuras unidades, porque pressupõe que receberá os valores definidos no contrato ao longo do curso da obra. Naturalmente, se a força obrigatória do pacto sofre mitigação, o risco contratual do incorporador é majorado demasiadamente.

Se ao longo da construção, um terço ou a metade dos adquirentes resolve, pura e simplesmente, comunicar ao incorporador a desistência do vínculo, requerendo a devolução de parte dos valores pagos, além de o incorporador deixar de receber os valores prometidos pelos adquirentes e que seriam utilizados na execução da obra, ainda ficaria desprovido de recursos caso obrigado à devolução imediata de valores. Evidentemente que a mitigação da irrevogabilidade do pacto desnatura a álea normal dos riscos a que o incorporador se sujeitou.

Até porque, a facilidade de rompimento do contrato permitiu que uma classe de adquirentes passasse a especular a aquisição imobiliária. Assim, quando deflagrada a crise do mercado imobiliário a partir de 2014, diversos compradores pleitearam o desfazimento do vínculo, não em razão de impossibilidade de adimplir o preço, mas por não julgar mais o contrato conveniente. Segundo Francisco Loureiro⁷²⁶, “[...] a jurisprudência se tornou cada vez mais permissiva, admitindo que promissários compradores pedissem a extinção do contrato não por impossibilidade superveniente, mas por mero desinteresse, convertendo hipótese inicial de resolução em rescisão”.

Prevalendo o entendimento que o referido contrato admite a rescisão unilateral, a irrevogabilidade do instrumento fica ameaçada e, conseqüentemente, a economia da incorporação imobiliária. Como bem referido por Roberta Maia⁷²⁷, “a irrevogabilidade é

compra e venda: notas sobre a Lei 13.786/2018. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 557).

⁷²⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Incorporação imobiliária e contrato de compromisso de compra e venda em tempos de pandemia da COVID-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord.). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 530.

⁷²⁷ MAIA, Roberta Mauro Medina. Irrevogabilidade e inexecução das promessas de compra e venda: notas sobre a Lei 13.786/2018. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 554.

relevante aos pactos imobiliários justamente para impedir que o adquirente, após fazer contas, concluir que sairia mais barato inadimplir do que cumprir”⁷²⁸.

Nesse sentido, a Lei 13.786/2018, intitulada por alguns como Lei dos ‘Distratos’, foi editada para trazer substanciais alterações à Lei 4.591/1964 e com o objetivo de limitar os inúmeros pedidos de extinção dos contratos ausentes de fundamento, bem como ressaltar a irretratabilidade do contrato. Muitas inovações foram prevista nessa lei a respeito da extinção do vínculo contratual.

Em medida salutar, finalmente a Lei conferiu expressamente a possibilidade de proteção ao adquirente que, levado pelo calor e emoção do estande de vendas, possa se arrependar da compra realizada por impulso ou sem a necessária e prévia reflexão. Assim, a lei passou a permitir o exercício do direito potestativo de arrependimento da compra no prazo de até sete dias da assinatura do contrato (artigo 67-A, § 10º e 11º, da Lei 4.591/1964⁷²⁹). Contudo, ressalta a Lei que uma vez transcorrido o referido prazo, “será observada a irretratabilidade do contrato” (artigo 67-A § 12º), tal como determina o artigo 32, § 2º⁷³⁰.

Como se nota, o contrato, que sempre teve o caráter da irretratabilidade, passou a conferir a possibilidade de arrependimento ao adquirente durante determinado prazo e, somente ultrapassado tal prazo, a avença passa a ser irretratável⁷³¹.

⁷²⁸ Ainda segundo a autora: “[...] reduzida a expectativa de auferir lucro com o negócio, era mais conveniente distratá-lo, perdendo até 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas em benefício da incorporadora (promitente vendedora), do que ultimar a aquisição do imóvel, suportando a depreciação do metro quadrado e assumindo o custo do condomínio e IPTU de unidade que provavelmente ficaria desocupada: em razão da crise, o estoque de imóveis vagos subiu consideravelmente, fato que contribuiu também para a redução do valor dos aluguéis”. (MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda: notas sobre a Lei 13.786/2018. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 560).

⁷²⁹ Artigo 67-A [...] § 10. Os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador permitem ao adquirente o exercício do direito de arrependimento, durante o prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem. (Incluído pela Lei n. 13.786, de 2018) § 11. Caberá ao adquirente demonstrar o exercício tempestivo do direito de arrependimento por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, considerada a data da postagem como data inicial da contagem do prazo a que se refere o § 10 deste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.786, de 2018).

⁷³⁰ Art. 32, § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. (Redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004).

⁷³¹ Essa medida, em nossa opinião, em razão do curto prazo conferido ao adquirente para resilir unilateralmente o contrato, não retira a necessária segurança jurídica do incorporador quanto à manutenção da avença. O direito de arrependimento conferido na Lei 4.591/1964 visa proteger o vulnerável e não o especulador. Mais do que isso. É possível imaginar que boa parte dos adquirentes que logo após firmarem o contrato se arrependem, seriam aqueles que, passado algum tempo, voltariam a procurar o incorporador com o intuito de desfazimento

Além de tratar da irretratabilidade do instrumento, a Lei 13.786/2018 agora estabelece as consequências para a *resolução* do contrato, ou seja, para a extinção do vínculo por culpa das partes.

O inadimplemento do incorporador, referido no artigo 43-A, § 1º, da Lei 4.591/1964, é o atraso da obra superior a 180 dias corridos da data estipulada contratualmente para conclusão do empreendimento, fato que, a critério do adquirente, permite a resolução do contrato, determinando-se, nesse caso, a devolução da integralidade de todos os valores pagos e pagamento de multa (art. 43-A, § 2º). A resolução⁷³² do contrato também pode ocorrer por ausência do cumprimento do dever de informação, ou seja, quando o incorporador deixa de fornecer, no quadro resumo do contrato, informações determinadas pela lei (35-A, § 1º).

O inadimplemento absoluto do adquirente, referido no artigo 67-A, deve ser caracterizado quando transcorrido o prazo de 15 dias sem a purgação da mora, nos termos do artigo 1º, do Decreto 745/69⁷³³. Nessa hipótese, as consequências para a resolução do contrato encontram previsão nas alterações mais recentes da Lei 13.786/2018, que estabeleceu os percentuais de retenção dos valores pagos entre 25% (artigo 67-A, inciso II) e 50% (artigo 67-A, § 5º, quando há patrimônio de afetação) e os prazos para o reembolso⁷³⁴.

do vínculo. O arrependimento pode separar o adquirente inseguro daquele que efetivamente tem interesse na aquisição da coisa.

⁷³² Embora o artigo 35-A, § 1º, refira-se à *rescisão*, parece-nos mais apropriado, nesse caso, o regime da *resolução* por culpa do incorporador.

⁷³³ Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n. 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. (Redação dada pela Lei n. 13.097, de 2015).

⁷³⁴ O pagamento da cláusula penal é a retenção de parte do valor pago, pela incorporadora, ou seja, há uma devolução do excedente. A devolução, inclusive, não é realizada de forma imediata. Nas incorporações imobiliárias submetidas ao patrimônio de afetação, a devolução dos valores pode ocorrer até 30 dias após o habite-se (art. 67-A, § 5º). Para as incorporações imobiliárias não submetidas ao patrimônio de afetação, o pagamento será realizado após o prazo de até 180 dias, contado da data do desfazimento do contrato (art. 67-A, § 6º). A multa pode ser majorada caso a posse da unidade tenha sido disponibilizada ao adquirente inadimplente. Nesse caso, o valor será acrescido com as quantias correspondentes aos impostos reais sobre o imóvel, as cotas de condomínio e contribuições devidas a associação de moradores, valor correspondente à fruição, equivalente a 0,5% sobre o valor atualizado do contrato e demais encargos incidentes sobre o imóvel (artigo 67-A, § 2º).

Ainda que não seja objetivo deste trabalho, relevante destacar que parte da doutrina critica os percentuais da Lei, reputando-os elevados⁷³⁵. Nesses termos, alguns autores⁷³⁶ defendem a possibilidade de redução da cláusula penal, com fundamento no artigo 413, do Código Civil, com destaque para as palavras de José Fernando Simão⁷³⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, até o presente momento, não apreciou a possibilidade ou não de redução da multa estabelecida na Lei 13.786/2018⁷³⁸. O Tribunal de Justiça de

⁷³⁵ Nesse sentido, vide TARTUCE, Flávio; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador em caso de desfazimento do vínculo contratual na Lei 13.786/2018. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (Org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021. p. 316-319. A princípio, o percentual legal da multa no patamar de 50% (cinquenta por cento) do valor pago (quando há patrimônio de afetação) pode parecer elevado. É, contudo, necessário reconhecer a realidade da vasta maioria dos casos de inadimplemento por parte dos adquirentes. O adquirente, na promessa de compra e venda, paga diretamente ao incorporador o percentual de até 30% (trinta por cento) do preço do imóvel durante o prazo de obras (normalmente trinta e seis meses). Finalizada a obra, o restante do valor (70%) é pago, regra geral, mediante obtenção de financiamento. Assim, os percentuais estabelecidos no artigo 67-A, da Lei 4.591/1964 são aplicados, regra geral, no limite de 30% dos valores pagos pelo adquirente. Isso significa que, num negócio de um milhão de reais, ao longo de trinta e seis meses desde a assinatura do contrato, pagará diretamente ao incorporador a quantia máxima de trezentos mil reais. Se o pleito de extinção contratual ocorrer nesse momento, caberá multa de R\$ 150.000,00, o que representa 15% do valor do contrato. Além disso, é relevante entender o momento em que o adquirente busca a extinção do contrato (i) enquanto ainda há estande de vendas e não foi iniciada a obra ou (ii) quando o estande de vendas já foi desfeito e a obra segue seu curso. Caso o estande de vendas já tenha sido desfeito, o incorporador terá maior dificuldade em recolocar a unidade à venda. Isso demandará, portanto, esforço e custos para a recolocação do imóvel à venda. Assim, num imóvel cujo preço é um milhão de reais e, após dez meses da vigência do contrato, tendo pago cem mil reais do preço, a multa será entre R\$ 25.000,00 a R\$ 50.000,00 (hipótese do patrimônio de afetação). Como se nota, um percentual de 2,5% a 5% sobre o valor total do preço.

⁷³⁶ Segundo André Abelha não se pode afastar a possibilidade de redução, pelo Judiciário, da penalidade contratual pactuada nos contratos imobiliários, mesmo que ajustada pelas partes dentro dos limites previstos na lei 13.786/18. (ABELHA, André. Lei 13.786/18: Pode o juiz reduzir a cláusula penal? *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 25/04/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/301063/lei-13786-18-pode-o-juiz-reduzir-a-clausula-penal> Acesso em: 18 maio 2020).

⁷³⁷ “A cláusula penal de 50% imposta pela Lei n. 13.786/2018, que alterou o texto da Lei n. 4.591/1964, com a criação do art. 67-A no caso de desistência da aquisição pelo adquirente do imóvel sujeito ao regime do patrimônio de afetação, revela-se excessiva, *ab initio*. Primeiro, porque a multa nasce em um contrato por adesão em que o adquirente não pode debater seu conteúdo (natureza do negócio). Depois, porque trata de aquisição da casa própria (muitas vezes, finalidade do negócio). Por último, porque é superior a todas as demais multas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Note-se que o critério para se verificar se a cláusula penal é ou não excessiva diz respeito à natureza da obrigação e sua finalidade. Não se confunde com a noção de onerosidade excessiva em que as prestações nascem equilibradas e, por um motivo superveniente à formação do contrato se desequilibram de maneira a permitir a resolução ou revisão (art. 478 do CC)”. (SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 277).

⁷³⁸ É importante anotar que a jurisprudência entendeu que os efeitos da Lei 13.786/2018 aplicam-se apenas aos contratos firmados a partir de sua vigência (decisão proferida pelo Ministro Luis Eduardo Salomão quando do julgamento dos recursos repetitivos dos temas 970, REsp 1.498.484 e REsp 1.635.428 e 971, REsp 1.614.721 e REsp 1.631.485). Nesses termos, com alguma facilidade, mesmo após a edição da lei, aos contratos firmados anteriormente à sua edição, é possível encontrar decisões judiciais que, contrariando a irretratabilidade do instrumento (que se mantém hígida mesmo a despeito da referida Lei) facilitam a extinção do contrato, quando o fundamento é a desistência do adquirente, ainda que imotivada. Nesses casos, muitas vezes, há redução do percentual da cláusula penal para a retenção de apenas 10% dos valores pagos. Veja, nesse sentido, acórdão em que se determinou que a incorporadora sequer pode se insurgir em razão do pleito formulado pelo adquirente para extinção contratual: “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Rescisão fundada no interesse da compradora em por fim ao contrato, por vivenciar dificuldade financeira – Sentença que julga

São Paulo, contudo, nos poucos casos já apreciados, reconheceu a licitude da cláusula que estabelece o percentual de multa de até 50% dos valores pagos⁷³⁹. Contudo, recentemente⁷⁴⁰,

procedente a ação, determinando a restituição de valores pagos, com retenção de 10% deles, excluída a comissão de corretagem – Percentual que assegura recomposição de despesas hodiernamente compreendidas e realizadas em negócios que tais, adequado às circunstâncias do caso e ao ressarcimento da empreendedora pelas despesas operacionais do negócio – Cláusula contratual previsiva de retenção de 30%, após deduzidas várias despesas, abusiva – Impossibilidade da ré se opor à resolução do contrato (Súmula n. 1 do TJSP) – Valores que devem ser pagos em parcela única (Súmula n. 2 do TJSP) – Sentença mantida. JUROS DE MORA – Determinação de incidência a partir da citação – Resilição unilateral do contrato, por manifestação de vontade exclusiva da compradora – Compromitente vendedora que não incorreu em mora nem praticou ilicitude – Juros de mora que incidirão a partir do trânsito em julgado – Precedentes do STJ – Decisão reformada. SUCUMBÊNCIA – Honorários advocatícios fixados em 10% o valor da condenação, mantidos – Fixação em valor mínimo, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Apelação parcialmente provida. (TJSP; Apelação Cível 1010975-37.2017.8.26.0562; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 04/09/2020).

⁷³⁹ Nesses termos: “Compromisso de compra e venda. Ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição dos valores pagos. Recusa do financiamento imobiliário. Culpa da Ré não comprovada. Cláusula contratual prevendo a responsabilidade da compradora pela obtenção do financiamento imobiliário. *Contrato firmado sob a égide da Lei 13.876/2018. Cláusulas contratuais em conformidade com a Lei. Retenção de 50% do valor pago à vendedora.* Comissão de corretagem. Prévia informação ao consumidor. Possibilidade de repasse ao adquirente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1038471-67.2020.8.26.0002; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/03/2021; Data de Registro: 22/03/2021). “Apelação. Compromisso de compra e venda. Ação de obrigação de fazer com pedidos alternativos de rescisão contratual, restituição de quantia paga e indenização por dano moral. Incorporação imobiliária sob regime de patrimônio de afetação. Contrato celebrado sob a égide da Lei Federal 13.786/2018 (LGL\2018\12466) (Lei do Distrato). Sentença de procedência parcial. Inconformismo de ambas as rés. Provimento parcial. *Aplicabilidade da Lei do Distrato. Restituição em favor dos autores- apelados da quantia paga direto à incorporadora que deve observar a aplicação da disciplina contratual da pena convencional com eficácia condicionada à regra do teto de retenção de 50% do valor pago à incorporadora, na forma do artigo 67-A, § 5º, da Lei Federal 4.591/1964* [...] Sentença reformada. Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1021858-66.2020.8.26.0100; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2021; Data de Registro: 01/02/2021). COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO DOS ADQUIRENTES. ADMISSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 475 DO CC. RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS QUE É DEVIDA. ATO, CONTUDO, QUE CAUSA PREJUÍZO À CREDORA, QUE FAZ JUS À RETENÇÃO DE PARCELA DOS VALORES PAGOS. CONTRATO CELEBRADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI DO DISTRATO (LEI N.º 13.786/2018). *RETENÇÃO QUE PODERÁ SER, NA ESPÉCIE, DE 50% DAS QUANTIAS PAGAS. HIPÓTESE EM QUE HOUVE A CONSTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. PERCENTUAL DE RETENÇÃO QUE, NESSA HIPÓTESE, PODE ALCANÇAR 50% DAS QUANTIAS PAGAS, NA ESTEIRA DO ART. 67-A, § 5º DA LEI 4.591/64, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 13.786/2018.* RETENÇÃO DEVIDA, ADEMAIS, NO QUE CONCERNE ÀS DESPESAS TRIBUTÁRIAS E CONDOMINIAIS EM ABERTO [...] (TJSP; Apelação Cível 1013574-41.2020.8.26.0562; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/04/2021; Data de Registro: 29/04/2021). “Compromisso de compra e venda Desistência dos promitentes compradores. *Negócio celebrado após a entrada em vigor da lei 13.786/18 Em se tratando de incorporação submetida a patrimônio de afetação, deve ser observado o disposto no § 5º do art. 67-A da lei 4.591/64, acrescido pelo supracitado diploma legal, que possibilita a retenção de até 50% da quantia paga.* Devolução de valores que, de igual modo, deve observar o prazo definido em lei, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel - Apelação provida, em parte. (TJSP - ApCiv 1100880-13.2019.8.26.0100 - 11ª Câmara de Direito Privado - j. 14/7/2020 - julgado por Gil Coelho - DJe 14/7/2020).

⁷⁴⁰ “APELAÇÃO CÍVEL. Compra e Venda de Imóvel. [...] Percentual de retenção sobre os valores pagos. Sentença que determinou a retenção de 20%. Réu que pretende seja mantido o percentual fixado no contrato de 50%, em observância à Lei do Distrato. Não acolhimento. Cabível interpretação restritiva das cláusulas claramente abusivas, nos ditames do artigo 51 do CDC. Precedentes desta. c. 5ª Câmara de Direito Privado. A retenção de 50% dos valores pagos mostra-se claramente excessiva, de modo que inevitável

entendeu que a aplicação da Lei 13.786/2018 “[...] importaria em evidente insegurança jurídica ao jurisdicionado, vez que, como dito, a jurisprudência se consolidou no sentido de permitir retenção de, no máximo, 25% dos valores pagos, com restituição em parcela única, conforme Súmula editada neste sentido, não merecendo qualquer retoque na sentença”. O julgado, portanto, entendeu que haveria abusividade da cláusula contratual que permite retenção de 50% dos valores pagos, não obstante o limite fixado para a cláusula penal seja decorrência de previsão legal. A respeito da presente decisão, aparentemente isolada, a incorporadora apresentou recurso especial, recentemente admitido pela presidência da seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A nosso ver, excepcionadas situações muito específicas e pontuais, não cabe intervenção judicial para alterar os percentuais fixados em Lei. Ademais, justamente em razão de tal intervenção é que foi editada a Lei 13.786/2018, como bem ressaltado por Ricardo Villas Bôas Cueva⁷⁴¹. A intervenção judicial que reduz a cláusula altera a alocação dos riscos a que as partes estão sujeitas no contrato. A Lei 4.591/1964, por reconhecer a importância de os pactos serem mantidos para a continuidade das obras, estabelece a irretratabilidade do contrato e, ainda, as consequências para o descumprimento contratual do adquirente. A incorporação imobiliária, em razão de ser um tipo de operação *project finance*, ou seja, sustentado pelos recursos advindos da alienação das unidades, requer previsibilidade e observância do princípio *pacta sunt servanda*, sob pena de incorrer em riscos ao prosseguimento da obra. A intervenção judicial para alterar os percentuais fixados na lei somente pode ser realizada quando presentes os requisitos do dispositivo, em especial, caso a penalidade seja *manifestamente* excessiva. A avaliação do excesso manifesto dependerá, sobretudo, dos valores pagos pelo adquirente e independem dos fatos que ensejaram o descumprimento. Não parece razoável a aplicação da redução equitativa da cláusula penal caso o adquirente tenha pago valor inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor total do contrato.

reconhecer a abusividade. Sentença reformada apenas para afastar a parte considerada extra petita. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. (TJSP; Apelação Cível 1013432-50.2020.8.26.0008; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2021; Data de Registro: 27/05/2021)

⁷⁴¹ “É fácil perceber que a insegurança jurídica ensejada por repetidas intervenções judiciais e agravada por várias crises econômicas acabaria por conduzir a uma revisão legislativa. Não foi surpresa, assim, que a Lei nº 13.786/2018, também conhecida como Lei do Distrato, tenha alterado substancialmente as Leis nº 4.591/1.964 e 6.766/1.979” (CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Distrato imobiliário na jurisprudência do STJ: a resolução dos contratos imobiliários anteriormente à Lei 13.786/2018. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021. p. 269).

Pois bem. Embora a lei tenha cuidado da irretratabilidade contratual e das consequências para a resolução da promessa de compra e venda, não resolveu definitivamente a controversa questão em saber se o contrato pode ser desfeito por iniciativa do adquirente, quando ausente culpa por parte do incorporador.

A princípio, a Lei não estabelece fundamento legal para tanto. Se a obra segue o seu curso regular e em boa execução ou se foi observado a contento a obrigação informacional, não caberia a extinção contratual quando ultrapassado o prazo para o exercício do direito de arrependimento⁷⁴².

Mas o agravamento da situação financeira dos adquirentes, sobretudo em tempos de pandemia, reascendeu a discussão. Embora exista forte corrente jurisprudencial que defende que as questões pessoais do devedor, seu empobrecimento, sua doença, sua perda de capacidade física ou psíquica, não são admitidas como fundamento para fins de exoneração obrigacional ou mesmo revisão da avença⁷⁴³, por outro lado, no âmbito da incorporação imobiliária, há diversos julgados que autorizam a extinção do contrato, quando o adquirente manifesta impossibilidade de cumprir a avença⁷⁴⁴.

⁷⁴² Ademais, nesse sentido, já foi decidido: “[...] não reconhecida, na instância ordinária, a existência de circunstância que justifique a extinção do contrato por fato superveniente, e se manifestando a promitente vendedora, categoricamente, pela manutenção do contrato, não cabe ao juiz dar o contrato por extinto. (REsp 57.789/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/04/1995, DJ 12/06/1995). Mais recentemente, também decidiu-se: “A promessa de compra e venda irrevogável e irretroatável gera ao comprador o direito à adjudicação do imóvel. Por outro lado, por isonomia e equilíbrio contratual, deve garantir ao vendedor a impossibilidade de rescisão unilateral do contrato pelo adquirente que não mais tem interesse econômico na últimação da avença; 2. *In casu*, o Autor solicitou a rescisão do contrato de compra e venda de lote de terreno, justificando seu pedido, na difícil situação econômica do país, entretanto, não logrou êxito em comprovar, a redução de suas condições financeiras, que justificassem a impossibilidade de continuidade do pagamento das parcelas avençadas. Verifica-se, portanto, tratar-se o caso concreto, de desistência imotivada do negócio jurídico, pelo promitente comprador”. (TJRJ, 25ª Câmara Cível, Apelação 0008920-15.2016.8.19.0028, rel. des. Werson Rêgo, DJE 20.02.2019).

⁷⁴³ Há corrente jurisprudencial firme cujo entendimento é no sentido de que situações tais como crise financeira, doença ou desemprego não são consideradas fatos que permitem a *revisão*. A esse exemplo, já se decidiu que “O contrato de financiamento imobiliário se enquadra como tipicamente *oneroso* e *comutativo*, sabendo perfeitamente as partes, e de antemão, as obrigações pelas quais se responsabilizam. Logo, sujeitá-lo à aplicação incondicional de correspondência aos recursos do devedor implicaria transformá-lo num *contrato aleatório*. O agente financeiro passaria a ser uma espécie de securitizador das contingências pessoais a que está sujeito o contratante, o que evidentemente levaria ao desequilíbrio da relação negocial”. (TJSP, Apelação Cível 1033949-54.2017.8.26.0114; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/07/2018; Data de Registro: 20/07/2018). No mesmo sentido: (TJSP, Apelação Cível 1000921-25.2019.8.26.0438; Relator (a): Maria de Lourdes Lopez Gil; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis – 3ª Vara; Data do Julgamento: 26/11/2019; Data de Registro: 26/11/2019); (TJSP, Apelação Cível 1001548-62.2017.8.26.0191; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ferraz de Vasconcelos – 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/11/2019; Data de Registro: 18/11/2019).

⁷⁴⁴ “[...] Constitui entendimento sedimentado neste Tribunal o direito do promitente comprador rescindir o contrato em decorrência de falta superveniente de condições financeiras, assegurado, neste caso, o retorno ao status quo ante e a retenção de percentual à promitente vendedora de forma a fazer frente aos prejuízos sofridos

Para nós, o inadimplemento contratual das obrigações dos contratantes no contrato de promessa de compra e venda na incorporação imobiliária é bem definido, ou seja, descumprimento do pagamento do preço (obrigação de dar) e descumprimento relacionado à entrega e construção do empreendimento (obrigação de fazer).

Em princípio, a eventual dificuldade do incorporador em seguir com a obra não lhe autoriza pedir a extinção do vínculo. Ultrapassado o prazo de carência e tendo se comprometido a executar a obra, compete ao incorporador entregar as unidades, ainda que tenha que obter crédito extraordinário perante instituições financeiras ou adotar outras medidas (que não comprometam, claro o patrimônio de afetação). Se a mão de obra encareceu, se os insumos para a construção tiveram preços majorados ou se a incorporadora passa por dificuldades financeiras, nada disso, regra geral, pode alterar a obrigação de entrega da coisa. Para nós, a perda ou diminuição da capacidade financeira empresarial ou o aumento da taxa de esforço no cumprimento obrigacional não podem ser considerados fundamentos para a resolução ou revisão do contrato por onerosidade excessiva⁷⁴⁵.

Da mesma forma, a alegação de dificuldade financeira do adquirente, também em princípio, não lhe permite ter a iniciativa de pleitear a extinção do vínculo. Descumprido o contrato e estando em mora o adquirente, a pretensão para a extinção da promessa será do incorporador, credor da obrigação. Isso porque, ainda que o adquirente esteja em mora, o credor pode manifestar o interesse em manter o vínculo, inclusive entregando a unidade ao adquirente, mas cobrando a dívida via ação judicial correspondente.

Mas se o incorporador, por exemplo, após inadimplemento absoluto do adquirente (art. 1º, do Decreto-Lei 745/1969) recusa-se a extinguir o contrato por inércia, nasce a pretensão ao comprador para propor a ação de resolução de contrato, de forma a evitar o

com gastos de administração, publicidade e pelo tempo de ocupação do bem [...]” (TJSP; Apelação Cível 1013435-98.2018.8.26.0032; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/06/2020; Data de Registro: 30/06/2020). No mesmo sentido: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Resolução contratual – Desistência do adquirente por dificuldades financeiras – Possibilidade – Inteligência da Súmula 01 deste E. Tribunal de Justiça – Sentença que reconhece o direito dele de reaver o preço, com retenção, pela alienante, de 20% do que foi pago – Recurso dos autores pretendendo a redução para 10% – Descabimento – Valor fixado na sentença que se afigura razoável para ressarcir os prejuízos da ré – Redução que não se justifica – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1001417-54.2018.8.26.0320; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/05/2020; Data de Registro: 13/05/2020)

⁷⁴⁵ Havendo patrimônio de afetação e ocorrendo a decretação de falência ou insolvência civil do incorporador, a comissão de representantes também poderá optar em alienar as acessões construídas ou destituir o incorporador, tal como será estudado no momento oportuno (art. 31-F, da Lei 4.591/1964).

agravamento do seu prejuízo (*duty to mitigate the loss*). Da mesma forma caso o incorporador ofereça condições de reembolso contrárias ao que a Lei 4.591/1964 determina (art. 67-A), o adquirente também poderá propor a ação resolutive, para a finalidade de extinguir o vínculo e receber os valores corretos.

Mas há corrente doutrinária que entende que em caso de dificuldade para o prosseguimento do pagamento das parcelas do preço, estando ou não em mora, o adquirente poderá ter a iniciativa de propor ação de resolução contratual, desde que comprove que não tem mais condições financeiras de adimplir sua obrigação. O fundamento para tal resolução seria o vencimento antecipado do contrato (*anticipatory breach*)⁷⁴⁶ que também evitaria o agravamento do prejuízo do adquirente com a demora no pleito resolutorio, além de ser medida que prestigiaria a boa-fé⁷⁴⁷.

Nos contratos em geral, o direito brasileiro vem admitindo o incumprimento antecipado do contrato tal como nos revelam os estudos de Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁷⁴⁸ e Judith Martins-Costa⁷⁴⁹. O instituto, especificamente na perspectiva do compromisso de

⁷⁴⁶ Como bem apontado por Joana Ferrajota, o vencimento é tradicionalmente apontado como “[...] verdadeiro ponto de viragem na vida do crédito, na medida em que corresponde ao momento em que este se torna exigível e, portanto, em que a obrigação deva ser cumprida [...] A doutrina da *anticipatory breach* vem desafiar essa concepção, afirmando que pode haver incumprimento tanto *antes* como *depois* do vencimento da obrigação”. Ao tratar da referida teoria no direito inglês, aponta o paradigmático caso *Hochster v. de la Tour* responsável por influenciar a ordem jurídica inglesa e permitir que a doutrina majoritária entenda que haverá “rejeição clara e definitiva do contrato, realizada seja através de uma recusa de cumprimento seja através da adoção de um comportamento que torne o cumprimento muito difícil ou impossível, antes do vencimento da obrigação, configura uma situação de incumprimento antecipado, conferindo à contraparte o direito de exercer as faculdades que a lei reserva para o incumprimento”. (FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 68 e seguintes). A respeito do tema na doutrina brasileira, cite-se, ainda, SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do adimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das Obrigações. Pressupostos, evolução e remédios*. vol. II. Rio de Janeiro: Processo, 2021. p. 1-40.

⁷⁴⁷ Mais do que uma medida de boa-fé, João Calvão da Silva afirma que o devedor teria a obrigação de tornar evidente por fatos a intenção e a possibilidade de cumprir pontualmente, sob pena de violar a legítima expectativa ou confiança do credor no adimplemento da prestação. Assim, não apenas o devedor poderia pedir o vencimento antecipado, comprovando que não irá adimplir, como também o credor poderia fazê-lo: “não há razão para manter o credor vinculado, até o vencimento, a uma relação jurídica que, em virtude de declaração séria, certa e segura, *ante diem*, de não cumprir do devedor”. (SILVA, João Calvão da. *Sinal e contrato-promessa*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 128).

⁷⁴⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 123 e seguintes.

⁷⁴⁹ Segundo Judith Martins-Costa “O chamamento da figura do inadimplemento antecipado, em caráter excepcional (porque excepciona o princípio da pontualidade), exige a presença de três requisitos, todos eles cumulativos e de obrigatória presença, a saber: (a) tratar-se de uma violação grave do contrato, caracterizadora de uma ‘justa causa’ à resolução; (b) haver plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento; (c) agir culposamente o devedor, ao declarar que não vai cumprir, ou ao se omitir quanto à execução do contrato, permanecendo inerte de modo que nada, em seu comportamento, revele a disposição para a prática dos atos de execução”. (MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. *Revista dos Tribunais*. vol. 885. julho de 2009. p. 34).

compra e venda de imóveis, é analisado por Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso. Para o autor, em razão da função social do contrato, o adquirente que se encontra em “impossibilidade relativa” para prosseguir com o pagamento, poderia propor a ação de resolução, estando ou não inadimplente⁷⁵⁰

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

Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso⁷⁵¹ ainda ressalva que “se é o próprio devedor que o alega, sua declaração de inadimplir deve vir acompanhada de alguma impossibilidade de prestar. Se não, sua conduta configura mero arrependimento, violação direta do *pacta sunt servanda*”.

Francisco Eduardo Loureiro⁷⁵² também registra que o fundamento para permitir a resolução do contrato por iniciativa do devedor não é a inconveniência do promitente comprador com o contrato firmado, mas, sim, a comprovada impossibilidade de cumprir a obrigação. Ademais, nesse sentido, o magistrado sugere nova forma de interpretação para a Súmula 543, do STJ⁷⁵³.

⁷⁵⁰ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 175.

⁷⁵¹ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 42.

⁷⁵² “A realidade é que o entendimento dos Tribunais, consolidado em centenas ou milhares de Acórdãos e súmulas de jurisprudência, ao afirmarem o cabimento da resolução do contrato de compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador inadimplente, partem da premissa da impossibilidade de cumprimento pelo adquirente, e não de sua mera inconveniência. [...] Disso decorre que não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do preço de mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convencionado no momento da celebração, devidamente atualizado”. (LOUREIRO, Francisco. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. In: GUERRA, Alexandre Daranhan de Mello (coord.) *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. vol. 2. p. 718).

⁷⁵³ A sugestão de interpretação da Súmula 543, do STJ, por Francisco Loureiro é a seguinte: “O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, invocando e demonstrando impossibilidade superveniente do pagamento do preço, que não se confunde com arrependimento ou desinteresse, pode pedir

Muito recentemente, o Superior Tribunal de Justiça permitiu que adquirente de imóvel, que embora adimplente, mas tendo comprovado sua incapacidade para prosseguir no cumprimento da obrigação, tomasse a iniciativa para resolver o contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária por quebra antecipada do contrato, mas sujeitando-se às consequências da Lei 9.514/1997 pela sua conduta culposa⁷⁵⁴. A controversa questão envolvendo a possibilidade (ou não) de extinção de contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária será discutida futuramente. Contudo, verifica-se que o STJ admitiu a possibilidade de o devedor ter a iniciativa para extinguir o contrato com fundamento na alegação que não teria condições em prosseguir no pagamento.

Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça também confere a possibilidade de o contrato ser resolvido antes do prazo quando o promitente comprador apresenta “recusa inequívoca e categórica em cumprir”, hipótese em que “a mora converte-se em incumprimento definitivo” e “assiste então, ao promitente comprador o direito de resolver o contrato-promessa [...]”⁷⁵⁵. Em outro julgado mais recente, o mesmo tribunal confirmou que “a recusa (ou declaração) séria, certa, segura e antecipada de não cumprir (ou o comportamento inequívoco demonstrativo da vontade de não cumprir ou da impossibilidade

a resolução do contrato e reaver as quantias pagas, admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”. (sublinhado no original). (LOUREIRO, Francisco. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. In: GUERRA, Alexandre Daranhan de Mello (coord.) *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. vol. 2. p. 722).

⁷⁵⁴ Nesse sentido, RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (LOTE) GARANTIDA MEDIANTE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AUSÊNCIA DE CULPA DO VENDEDOR. DESINTERESSE DO ADQUIRENTE. 1. Controvérsia acerca do direito do comprador de imóvel (lote), adquirido mediante compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, pedir a resolução do contrato com devolução dos valores pagos, não por fato imputável à vendedora, mas, em face da insuportabilidade das prestações a que se obrigou. 2. A efetividade da alienação fiduciária de bens imóveis decorre da contundência dimanada da propriedade resolúvel em benefício do credor com a possibilidade de realização extrajudicial do seu crédito. 3. O inadimplemento, referido pelas disposições dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, não pode ser interpretado restritivamente à mera não realização do pagamento no tempo, modo e lugar convencionados (mora), devendo ser entendido, também, como o comportamento contrário à manutenção do contrato ou ao direito do credor fiduciário. 4. O pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações, configura quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1867209/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 30/09/2020)

⁷⁵⁵ Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista n. 08264, Data do acórdão: 07/01/1993. Rel. Sampaio da Silva.

ante do tempo de cumprir) equivale ao incumprimento (antes do termo), dispensando a interpelação admoitória”⁷⁵⁶.

Naturalmente que o inadimplemento antecipado do contrato na hipótese de empobrecimento implica em atribuição de culpa para o adquirente. Assim, ainda que não esteja em mora, ou seja, mesmo não tendo havido o descumprimento contratual, o instituto do vencimento antecipado pode dar legitimidade para que o adquirente obtenha a resolução do contrato. Contudo, a perda da sua capacidade financeira e consequente impossibilidade de cumprir sua obrigação, tal como já verificado anteriormente, é questão subjetiva do próprio adquirente. Não caberá, portanto, exoneração do vínculo sem culpa, mas, sim, resolução culposa. Assim, nessa hipótese, o adquirente está sujeito às consequências da Lei 4.591/1964, no que diz respeito ao descumprimento contratual do promitente comprador e aos percentuais legais da cláusula penal (artigo 67-A). Há, contudo, respeitável corrente doutrinária que entende que os efeitos da pandemia podem alterar o entendimento que o desemprego ou a insolvência do adquirente é um risco exclusivo do adquirente, o que poderia afastar ou reduzir os efeitos da mora⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista n. 4913/05, Data do acórdão: 02/04/2010. Rel. Oliveira Rocha. Ainda no âmbito do direito português, Joana Ferrajota manifesta que “[...] a maioria da doutrina e jurisprudência nacionais, reconhecendo que a recusa antecipada de cumprimento afecta o regular funcionamento do contrato, é sensível à necessidade de facultar ao credor instrumentos para reagir a esta perturbação antes mesmo do vencimento da obrigação em causa, permitindo-lhe reajustar os planos inicialmente concebidos”. (FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 68 e seguintes).

⁷⁵⁷ Segundo Francisco Eduardo Loureiro, em artigo a respeito dos efeitos da pandemia na incorporação imobiliária “[...] O desemprego ou a insolvência deixam de ser um risco assumido por qualquer um que contrata obrigação de execução diferida no tempo, uma vez que, em tempos normais, ciclos econômicos de prosperidade e de depressão são previsíveis e até mesmo prováveis, de modo que seus efeitos podem ser evitados. Agora se está diante de um fato novo, imprevisível e necessário – pandemia da Covid-19 – que pode gerar em determinados segmentos efeitos econômicos irresistíveis, que afetam o cumprimento de certas prestações. A paralisação forçada de determinadas atividades econômicas por ato de autoridade administrativa caracteriza fortuito externo e pode levar como efeito inevitável a insolvência de empresários e a demissão de seus empregados. Disso decorre que em determinados contratos, a serem analisados à luz das circunstâncias do caso concreto, possa o promissário comprador alegar e provar (o ônus de prova cabe ao devedor) que se encontra impossibilitado de cumprir a prestação de pagamento do preço. Provará tal fato pelos mais variados meios, por exemplo, mediante juntada de suas declarações de imposto de renda, extratos bancários e correspondência de instituições financeiras negando financiamento da parcela das chaves. [...] A impossibilidade de cumprimento da prestação pecuniária, ainda que o fato não seja imputável ao promissário comprador, pode afastar os efeitos da mora, em especial a composição de perdas e danos, mas levará inexoravelmente à extinção do contrato por resolução. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Incorporação imobiliária e contrato de compromisso de compra e venda em tempos de pandemia da COVID-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord.). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. p. 528).

Para nós, reiteramos que as questões subjetivas do adquirente, a princípio, não importam em redução da cláusula penal, devendo ser aplicadas as consequências referidas. Aliás, justamente em razão de a Lei 13.786/2018 ter regulado as consequências para a resolução de contrato de promessa compra e venda na incorporação imobiliária, é que se defende a superação da Súmula 543, do Superior Tribunal de Justiça⁷⁵⁸.

Em resumo: na incorporação imobiliária, a manutenção do vínculo é muito relevante para o desenvolvimento da obra, a considerar que os valores pagos pela coletividade são utilizados justamente na construção da edificação. O arrependimento posterior ao prazo legal não confere ao adquirente a possibilidade resilir unilateralmente o contrato. A dificuldade financeira do adquirente pode levá-lo ao inadimplemento absoluto e, nessa hipótese, a resolução culposa do contrato seguirá às consequências da Lei 13.786/2018.

3.2.4 Os riscos operacionais

A execução de um empreendimento imobiliário, naturalmente, pode ocasionar diversos riscos operacionais à empresa que se dispõe a concebê-lo. Cite-se, em primeiro lugar, os riscos de engenharia, consubstanciados, por exemplo, no atraso no fornecimento de insumos, falta de mão de obra, dificuldades para construir decorrente de condições geológicas, geomecânicas, geotécnicas, pluviométricas, hidrológicas, dentre outros. Além disso, também há riscos administrativos, como por exemplo a determinação de embargo de obra decorrente de eventual irregularidade ambiental ou urbanística. Também é possível que no local da obra seja identificado sítio arqueológico ou patrimônio cultural, terra indígena ou quilombola. Os riscos classificados como dificuldades para a entrega da obra ou com a sua qualidade são o que chamamos, genericamente, de riscos operacionais. Regra geral, são riscos próprios da incorporadora perante os adquirentes, tal como determina a Súmula 161, do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁵⁹.

A considerar que a incorporação imobiliária é uma atividade empresarial complexa, que demanda esforços para aquisição da titularidade do terreno, concepção do projeto,

⁷⁵⁸ Nesse sentido, vide CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. Ano 3. Dezembro 2020. n. 5. p. 174-190 e ABELHA, André; VITALE, Olivar. Súmula 453 do STJ: por que revisá-la? *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 5. Dezembro de 2020. p. 27-48.

⁷⁵⁹ Súmula 161 - Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram “res inter alios acta” em relação ao compromissário adquirente.

obtenção das necessárias aprovações, vendas das unidades e, sobretudo, execução da obra, é possível que a própria incorporadora prefira transferir essa última e complexa atividade a terceiros.

Quando uma construtora acorda em executar a obra contratada pela incorporadora, o contrato de empreitada firmado entre as partes normalmente dispõe sobre a matriz de riscos, estabelecendo a alocação definida pelas partes. É comum nesse tipo de contrato que a construtora se responsabilize pelos riscos de engenharia da obra, enquanto a incorporadora se obriga a conferir as condições necessárias para a sua execução.

Atualmente, existem algumas modalidades de contrato de empreitada. O Código Civil enuncia no art. 610 as tradicionais espécies, ou seja, a empreitada de labor (aquela em que o empreiteiro não fornece materiais) e a empreitada mista (quando o empreiteiro não só participa com o seu trabalho, mas também fornece os materiais).

Todavia, em razão da recorrência dos pleitos para reajuste dos valores, os incorporadores têm privilegiado contratos em que o construtor se obriga a executar a obra a um preço fixo, global (designado em inglês, *lump-sum*). Nessa modalidade de contrato (já analisado anteriormente neste trabalho) compete ao construtor estimar com o máximo de cautela eventuais oscilações no custo da construção e possíveis eventos indesejados (embora previsíveis) na obra, uma vez que tal risco é por ele assumido⁷⁶⁰. O incorporador, quando o preço do contrato é fixo, fica protegido de eventuais variações no preço de materiais ou da mão-de-obra e ocorrência de eventos previsíveis, cabendo ao empreiteiro suportar a majoração do preço da obra nessas circunstâncias⁷⁶¹.

Não obstante as partes determinarem o preço máximo do contrato, a prática forense demonstra ser corriqueiro pleito em que o construtor, buscando apresentar o melhor

⁷⁶⁰ Segundo Lie Uema Carmo, no contrato de construção a preço fixo “a margem de lucro, no caso, é precisamente o saldo do valor do contrato deduzidos os custos e as despesas da realização da obra. Eventual lapso ou equívoco no apreamento pode provocar a redução da margem de lucro esperada ou mesmo causar prejuízos ao empreiteiro. Mas o empreiteiro é presumivelmente alguém que conhece seu *métier*, que em experiência inclusive quanto às oscilações do mercado. Daí se falar que, nessa modalidade, o risco do cálculo dos custos e despesas da obra recaem sobre o empreiteiro”. (CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 81).

⁷⁶¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: Parte especial*. Das várias espécies de contratos. vol. 7. Coord.: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 254. Segundo a autora, os franceses denominam tal espécie de empreitada de *marché a prix* ou *à forfait*. “O preço estabelecido é pela totalidade da obra, sendo, nessa hipótese, muito importante a individualização de todos os elementos do trabalho a ser executado. Somente esse detalhamento permite ao empreiteiro a fixação precisa do preço que será cobrado do dono da obra”.

orçamento, apresenta planilha orçamentária deficitária, de modo a vencer a concorrência. Ao longo da obra, suscita a necessidade de majoração do preço e se o dono da obra não anuir, o construtor apresenta pleito de revisão do preço em demanda arbitral ou judicial. Interessante julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou essa questão, fazendo recair ao empreiteiro o risco de arcar com o custo necessário para conclusão da obra, quando o contrato é firmado por preço fixo, tendo o construtor assumido o risco pela execução da obra, ainda que em orçamento deficitário⁷⁶².

Se o pleito de majoração do preço da obra suspender a execução, a entrega do empreendimento pode atrasar o que certamente prejudicará os adquirentes. Na relação jurídica entre a incorporadora e a construtora, caso a culpa pelo atraso seja atribuída à última, ela deverá responder perante a incorporadora, nos termos do contrato firmado pelas partes. Contudo, nessa hipótese, evidentemente a incorporadora não poderá ser eximida de sua responsabilidade pelo atraso perante o adquirente da unidade, porque trata-se de risco operacional próprio da incorporadora (cabendo apenas o direito de regresso contra a construtora).

Ressalva deve ser feita para lembrar que a Lei 4.591/1964, a partir de alteração trazida pela Lei 13.786/2018, permitiu o que se intitula “cláusula de tolerância”, ou seja, se o contrato prever expressamente a possibilidade de a obra atrasar em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada para a entrega, não haverá mora durante esse período, ficando obstado o pedido de resolução do contrato (art. 43-A)⁷⁶³. Contudo, se a entrega

⁷⁶² Nesse sentido: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPREITADA. [...] CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL, DE ACORDO COM PROJETOS ARQUITETÔNICOS FORNECIDOS PELO AUTOR. AJUSTE DO PREÇO GLOBAL. FORNECIMENTO DE SERVIÇOS E MATERIAIS PELO PREÇO CONTRATADO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE VALOR CERTO E DETERMINADO A SER DESEMBOLSADO PELO AUTOR COMO CONTRAPRESTAÇÃO À OBRIGAÇÃO DA EMPRESA-RÉ DE LHE ENTREGAR O IMÓVEL PRONTO E ACABADO. SERVIÇOS DE EMPREITADA NÃO FORAM CUMPRIDOS NA FORMA E PRAZO AJUSTADOS. INCOMPATIBILIDADE DOS VALORES COBRADOS DO AUTOR EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE REALIZADOS. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO PROJETO QUE PUDESSE ALTERAR O VALOR DO CONTRATO. PERÍCIA TÉCNICA. CONCLUSÃO. APURAÇÃO DO VALOR A SER RESTITUÍDO PELA RÉ AO AUTOR. CONSIDERAÇÃO DOS SERVIÇOS EXECUTADOS E O QUE DEVERÁ SER REFEITO. REPARAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL. [...] Consta claramente do laudo pericial a apuração do valor a ser restituído consistente nos serviços pagos pelo autor, mas não executados pela ré ou executados de forma indevida que deverão ser refeitos. [...] (TJSP; Apelação Cível 1115377-08.2014.8.26.0100; Relator (a): Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 36ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/02/2020; Data de Registro: 07/02/2020).

⁷⁶³ Antes mesmo da edição da Lei, a jurisprudência já reconhecia a validade da referida cláusula. Nesse sentido: “[...] Validade da estipulação de prazo de tolerância em dias úteis em promessa de compra e venda de unidade autônoma em incorporação imobiliária. 5. Limitação, contudo, do prazo ao equivalente a 180 dias corridos, por analogia ao prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei 4.591/1964 e 12 da Lei 4.864/1965).” (REsp 1727939/DF, Rel. Ministro PAULO DE

ultrapassar o referido prazo, o adquirente poderá propor a resolução do contrato ou, sendo seu interesse manter a avença, cobrar o que a lei chama de “indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso” (art. 43-A, § 2º). A concessão do legislador para permitir que a obra seja entregue com atraso de até 180 dias gerou críticas por parte da doutrina e será objeto de maior análise quando da verificação dos riscos decorrentes do atraso e/ou paralisação das obras⁷⁶⁴.

A considerar que o atraso de obra por prazo superior aos 180 dias permite a resolução do vínculo pelo adquirente, é relevante que o contrato de empreitada firmado faculte ao incorporador realizar fiscalização regular na obra e, na hipótese de comprovado descumprimento contratual, facilite a resolução extrajudicial de maneira célere para que outra empresa prossiga a obra.

Mas além dos riscos de engenharia, analisemos outros riscos operacionais. Enquanto o edifício é construído, o incorporador também fica sujeito ao risco de embargo de obra, que determina a sua paralisação. E mesmo quando a obra é finalizada, a municipalidade pode deixar de emitir o necessário ‘habite-se’, justificando que o imóvel foi construído com alguma irregularidade ou infração à lei municipal.

E ainda após a entrega do empreendimento ao condomínio e das unidades aos adquirentes, os riscos operacionais não se encerram. Nesse sentido, citem-se os riscos decorrentes do aparecimento de vícios construtivos que são conhecidos após o término da obra. O risco para a responsabilidade civil do empreiteiro em razão do aparecimento de vícios construtivos ocultos é amplificado em razão da controvérsia na jurisprudência envolvendo a pretensão dos adquirentes e seus prazos.

O Código Civil estabelece diferentes opções ao adquirente/condomínio para reclamar de vícios ocultos na edificação. O artigo 618 do estabelece que nos “contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo”.

TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, *DJe* 17/09/2018). Da mesma forma, a Súmula 164 do TJSP determina que “É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega do imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.

⁷⁶⁴ Vide capítulo 3.4.1.

Referido dispositivo é certamente dos mais controversos e com entendimento jurisprudencial ainda pouco unânime. A controvérsia já era verificada com relação ao artigo 1.245 do Código Civil de 1916, que possuía redação próxima àquela do atual artigo 618⁷⁶⁵.

A primeira controvérsia é saber a extensão de sua aplicação, a considerar que o dispositivo aduz “solidez e segurança do trabalho”. Não obstante alguns julgados afirmarem que a aplicação seria apenas com relação aos defeitos “que representem riscos de desabamento ou ruína⁷⁶⁶”, fato é que a jurisprudência majoritária afirma que a expressão solidez e segurança não deve ser interpretada restritivamente, aplicando-se também aos defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações, vazamentos, dentre outros⁷⁶⁷, tal como também defendem Sergio Cavalieri Filho⁷⁶⁸ e Carlos Pinto Del Mar⁷⁶⁹. Assim, seja para vícios que representem riscos à solidez e segurança da edificação,

⁷⁶⁵ Art. 1.245. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.

⁷⁶⁶ “A garantia devida pelo empreiteiro diz com os defeitos que representem riscos de desabamento ou ruína, não se entendendo como tais apontadas diferenças no tamanho das vagas de estacionamento ou vazamento, defeitos nos revestimentos e trincais superficiais”. (STJ, 4ª T, AgRgAg 37056-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.9.1994, DJU 24.10.1994, p. 28761). Na mesma senda, “a remoção do poste de luz que se encontrava nas proximidades da garagem, supostamente dificultando a entrada e saída dos carros, não é problema que representa risco à solidez e segurança da construção, não se aplicando, pois, o prazo de 5 anos previsto no artigo 618 do Código Civil”. (TJSP, Apelação 0213808-07.2008.8.26.0100, rel. Silvério da Silva, j. 26 de março de 2014).

⁷⁶⁷ “A expressão ‘solidez e segurança’ utilizada no art. 1.245 do Código Civil não deve ser interpretada restritivamente; os defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações de água e vazamentos, também estão por ela abrangidos. Recurso especial não conhecido”. (STJ, REsp 46.568-SP, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25/05/1999). Na mesma senda: “a solidez e a segurança a que se refere o art. 1.245 do Código Civil não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, respondendo, também, a construtora, por defeitos que possam comprometer, futuramente, o empreendimento, tais como rachaduras e infiltrações. Precedentes”. (STJ, AgRg no REsp 399.701-PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12/04/2005). “A citada norma legal efetivamente faz referência a solidez e segurança do trabalho e a doutrina mais conservadora empresta-lhe interpretação estrita, por tê-la como caráter excepcional. Observa-se hoje, entretanto, tendência a ampliar-lhe a abrangência, para compreender os defeitos graves em geral e não apenas aqueles que pudessem traduzir risco de ruína”. (STJ, REsp 32.239, Rel. Eduardo Ribeiro, j. 19/04/1994). “Quando a lei fala em solidez e segurança está a alargar a aplicação da norma jurídica tanto aos casos em que a falta de solidez de uma peça ou parte ameaça a segurança global da edificação, como aos em que a falta de solidez parcial repercute apenas na segurança daquela parte, como, por exemplo, a falta de solidez da caixa d’água ou das placas componentes da fachada do edifício, embora não ameaçando arruinar o edifício inteiro, esteja a ameaçar de ruína a caixa d’água inteira ou a fachada inteira”. (TJRJ, Apelação Cível 39.780, Rel. Paulo Roberto Freitas, j. 25/02/1987). E, por fim, mais recentemente, “[...] O prazo de garantia de 5 (cinco) anos estabelecido no art. 1.245 do CC de 1916 (art. 618 do CC em vigor) somente se aplica aos casos de efetiva ameaça à ‘solidez e segurança do imóvel’, conceito que abrange as condições de habitabilidade da edificação.” (STJ, REsp 1.172.331, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Julgamento em: 24/09/2013).

⁷⁶⁸ Para Sérgio Cavalieri Filho a norma em exame não mais comporta uma interpretação puramente gramatical. Quando a lei fala em solidez e segurança, está a se referir não apenas à solidez e segurança globais, mas também parciais. Segundo o jurista, esses vocábulos devem ser interpretados com elasticidade, abrangendo danos causados por infiltrações, vazamentos, quedas e blocos de revestimentos, etc. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 415).

⁷⁶⁹ Carlos Pinto Del Mar entende que deve ser ampliado o conceito de segurança para estendê-lo também aos moradores, criando, dentro dessa classe de vícios de solidez e segurança previstos no art. 618 do Código Civil,

seja para infiltrações e defeitos menores, o artigo 618 tem sido aplicado para responsabilizar empreiteiros e incorporadores pela não conformidade da obra.

Se o vício construtivo decorre de culpa atribuída ao incorporador/construtor, há antiga discussão envolvendo os prazos para o pleito de (i) redibição do contrato ou abatimento do preço e (ii) da pretensão decorrente da indenização.

Antes de adentrarmos nessa discussão, relevante destacar que a jurisprudência entende que o prazo aludido no *caput* do art. 618 refere-se a um prazo de garantia legal, em que o construtor responde pela perfeição da obra⁷⁷⁰. A doutrina também acompanhou esse entendimento, citando-se, exemplificativamente, José Fernando Simão⁷⁷¹ e Hamid Charaf Bdine Jr.⁷⁷².

A partir de tal ponto de vista, a doutrina⁷⁷³ e a jurisprudência⁷⁷⁴ também firmaram o entendimento de que o prazo para que o dono da obra ou adquirente possam pleitear a

uma categoria especial, de vícios referentes à habitabilidade dos moradores, como são os casos de infiltrações generalizadas, umidade grave, questões de salubridade, perigos de incêndio, de gases, anti-higiene, por exemplo, que não dizem respeito necessariamente à ruína ou ao comprometimento da estabilidade da edificação. Ainda segundo o autor, tais vícios de habitabilidade comprometem a finalidade e aquilo que se espera de uma edificação e, por isso, integram a classe dos vícios previstos no art. 618 do Código Civil. (DEL MAR, Carlos Pinto. *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Método, 2008. p. 247).

⁷⁷⁰ “O prazo de cinco (5) anos do art. 1.245 do Código Civil, relativo à responsabilidade do construtor pela solidez e segurança da obra efetuada, é de garantia e não de prescrição ou decadência”. (STJ - 4ª T. - REsp 215.832/PR - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 06/03/2003 - DJU 07/04/2003, p. 289). “O prazo previsto no art. 618, parágrafo único, do Código Civil, refere-se unicamente à garantia prevista no 'caput' do mesmo dispositivo legal. 2. O dono da obra pode acionar o empreiteiro com base no mau cumprimento do contrato no prazo prescricional de dez anos (art. 205, CC)”. (TJSP, Apelação 9153059-79.2005.8.26.0000, Rel. Francisco Bianco, j. 01/08/2011).

⁷⁷¹ SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 267.

⁷⁷² BDINE JR., Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 154.

⁷⁷³ Sobre o tema, José Fernando Simão esclarece que “[...] com relação ao prazo de 180 dias, entendemos que o ‘direito assegurado’ no parágrafo único e que está sujeito à decadência não poderá dizer respeito à tutela condenatória de reparação de dano. Correta a doutrina que afirma que o prazo será aquele para desconstituição do contrato (seja isto considerado redibição ou rescisão), bem como para o pleito de abatimento do preço (e o prazo também é decadencial em analogia à matéria dos vícios ocultos tratada no art. 445 do Código de 2002)”. (SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 271). Ênio Santarelli Zuliani no mesmo sentido, afirma que “[...] escolha da ação de rescisão do contrato, por defeito da obra, é de natureza constitutiva, o que atrai o sistema da decadência” e “para que se dê sentido ao prazo de cento e oitenta dias mencionado no parágrafo único do art. 618 do CC, considera-se ser ele de decadência para pretensão de se obter a rejeição da obra, com rescisão do contrato”. (ZULIANI, Ênio Santarelli *et al. Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. Coordenação: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 234). No mesmo sentido, vide ainda BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2. ed. (revista e atualizada). Salvador: JusPodivm, 2021. p. 733.

⁷⁷⁴ Segundo voto vista da Ministra Nancy Andrighi “a doutrina majoritária se inclina no sentido de que o prazo de 180 dias, de natureza decadencial, se refere apenas ao direito de o comitente pleitear a rescisão contratual ou o abatimento do preço (ação de índole desconstitutiva).” (REsp 1.534.831-DF. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/02/2018).

redibição do contrato ou o abatimento do preço (ações de índole constitutiva negativa) é decadencial e de 180 dias, nos termos do artigo 618, parágrafo único⁷⁷⁵, do Código Civil.

Mas se o prazo do *caput* do artigo 618 é voltado apenas para a ação redibitória ou que visa obter abatimento do preço, qual o prazo prescricional para que o adquirente ou dono da obra possa pleitear indenização para o reparo dos vícios construtivos ocultos?

Também a respeito do tema, há controvérsia. Na verdade, podemos encontrar na jurisprudência três correntes. A primeira delas é que o prazo prescricional para propositura de ação indenizatória decorrente de vício construtivo deve observar o prazo trienal determinado no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil⁷⁷⁶. A segunda é que o prazo prescricional teria fundamento no artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, o prazo seria quinquenal⁷⁷⁷. Essa corrente, certamente minoritária, equivoca-se quando o vício construtivo não causa danos ao consumidor⁷⁷⁸. Por fim, a corrente majoritária e acolhida no STJ é a terceira, que entende que o prazo para propositura da ação de indenização é fundado no artigo 205 do Código Civil e, portanto, decenal. A referida corrente aplica a Súmula 194 do STJ, relida a partir da redução do prazo vintenário do Código Civil de 1916 para o prazo decenal do atual Código Civil⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ Art. 618. [...] Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

⁷⁷⁶ Nesse sentido: TJSP; Apelação Cível 1009047-07.2016.8.26.0297; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jales - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/05/2021; Data de Registro: 13/05/2021.

⁷⁷⁷ TJSP; Apelação Cível 1021872-42.2019.8.26.0114; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/09/2020; Data de Registro: 11/09/2020.

⁷⁷⁸ O artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor determina a prescrição quinquenal da pretensão à reparação “pelos danos causados por fato do produto ou do serviço”. Segundo José Fernando Simão, “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço é aquela que decorre de defeitos, defeitos esses que põem em risco a segurança dos consumidores e sua integridade físico-psíquica”. SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 56. Caso o vício construtivo não coloque em risco a segurança e integridade física do adquirente, não há que se falar na aplicação do referido dispositivo.

⁷⁷⁹ “[...] 6. Quando, porém, a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição. 7. À falta de prazo específico no CDC que regule a pretensão de indenização por inadimplemento contratual, deve incidir o prazo geral decenal previsto no art. 205 do CC/02, o qual corresponde ao prazo vintenário de que trata a Súmula 194/STJ, aprovada ainda na vigência do Código Civil de 1916 (“Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra”). 8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1.534.831/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018). No âmbito do TJSP: “OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Vícios construtivos no imóvel edificado pela ré - Improcedência do pedido pela decadência - Inconformismo - Acolhimento - Pretensão do autor de indenização por perdas e danos decorrente do descumprimento contratual - Prazo prescricional decenal previsto no art. 205 do Código Civil - Alegação da existência de vícios de construção - Necessidade de realização de prova pericial - Sentença cassada

Note que a corrente dominante, estabelecendo o prazo decenal, permite que o condomínio ou adquirente proponha a ação judicial em até dez anos da ciência inequívoca do vício. E a ciência inequívoca é comumente entendida, nesse tipo de demanda, quando há uma aferição realizada por perícia técnica, que indica a existência do vício⁷⁸⁰. Assim, ainda que exista uma infiltração que possa ser constatada sem maiores dificuldades de forma visual, a ciência inequívoca desse vício, segundo a jurisprudência, apenas se daria a partir da confirmação realizada por um perito.

O prazo decenal, somado ao termo inicial da ciência do vício, torna possível que a ação de reparação de danos seja proposta muitos anos depois da sua ocorrência. Tal situação, que poucas vezes se apresenta razoável, agrava a situação da empresa responsável pela obra, porque se o vício fosse anunciado com maior antecipação, possivelmente a remediação seria muito mais simples.

Mas além de um prazo prescricional bastante elástico, o risco operacional decorrente da responsabilidade civil para reparação de vício construtivo tem sido bastante discutido no meio técnico, em razão de o condomínio e adquirentes, muitas vezes, não atenderem às determinações de manutenção informadas nos manuais do síndico e do proprietário, além de o condomínio deixar de realizar os registros, tal como estabelece a NBR 5674, da ABNT.

Referida norma técnica estabelece a necessidade de condomínio e proprietários observarem “o estabelecido nas normas técnica e no manual de operação, uso e manutenção de sua edificação, se houver” (item 5.1), permitindo que as partes deleguem a manutenção para empresas terceirizadas (item 5.4), mas determinando a necessidade de as manutenções serem devidamente organizadas, arquivando-se o registro dos serviços realizados, relatórios de inspeções, bem como o programa de manutenção estabelecido para aquela determinada edificação.

Em razão de ser uma norma técnica (e não propriamente lei), os tribunais, salvo raras exceções, não entendem pela necessidade de sua observância e a discussão de o vício

- Restituição dos autos à origem para a regular instrução processual - Recurso provido”. (TJSP; Apelação Cível 1001068-64.2020.8.26.0584; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/08/2021; Data de Registro: 18/08/2021).

⁷⁸⁰ Nesse sentido. AgInt nos EAREsp 1.662.149/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2020, *DJe* 18/12/2020.

construtivo ter surgido ou ter sido agravado (ou surgido) em razão da ausência de manutenção ou irregularidade de uso nem sempre é atentada pela perícia técnica⁷⁸¹.

Nas situações de comprovada ausência de manutenção ou irregularidade de uso, o nexo de causalidade deveria ser rompido, a considerar que a culpa decorrente do vício construtivo é de exclusiva responsabilidade da própria vítima ou de terceiro (ainda que de forma concorrente). Ademais, também se discute o período de vida útil dos sistemas construtivos e a obrigação de reparar do fornecedor, consoante a intitulada norma de desempenho NBR 15.575, da ABNT⁷⁸².

De forma a tentar mitigar o risco condenações judiciais nesse sentido, as empresas, ao longo dos anos, passaram a observar a necessidade de terem maior participação na manutenção da edificação, de modo a fiscalizarem o plano realizado pelo condomínio, bem como para melhor orientarem os responsáveis. Estudos sobre a manutenção predial demonstram que a ausência de manutenção impõe necessariamente a queda da vida útil dos sistemas construtivos⁷⁸³.

A ausência de atendimento das manutenções determinadas nos manuais e nas normas técnicas com a consequente deterioração da edificação não pode ser considerada ‘risco de atividade’ a determinar a responsabilização do incorporador, com fundamento no artigo 927, parágrafo único do Código Civil. É necessário observar, contudo, se o dever de informação decorrente da boa-fé objetiva foi observado, ou seja, se o incorporador levou a necessária informação (de forma clara e simples) das ações necessárias para a manutenção da

⁷⁸¹ É importante ressaltar que o artigo 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor estabelece a obrigatoriedade de o *fornecedor* colocar no mercado de consumo produtos ou serviços que estejam de acordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou se normas específicas não existirem, pela ABNT ou outra entidade credenciada pelo Conmetro. Não há, contudo, nenhuma determinação legal para que os consumidores também acolham as orientações de uso da coisa, sob pena de perda da garantia contratual ou legal. Em nossa opinião, a ausência de tal determinação não significa que os adquirentes de unidades autônomas e os Condomínios não devam atender as determinações técnicas. Se o dever de informação pelo uso correto da coisa tiver sido prestado de forma adequada pelo fornecedor (a exemplo disso, entrega dos manuais de uso e operação), a ausência do atendimento afasta a responsabilidade do construtor, nos termos do art. 12, § 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

⁷⁸² A respeito da norma de desempenho e a construção civil, sugere-se a leitura de CAMPELO, Ricardo. Vícios construtivos: os prazos de garantia e vida útil. In: ABELHA, André (coord.). *Estudos de Direito Imobiliário: Homenagem a Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: IBRADIM, 2020. p. 262-269 e GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contrato de empreitada e inexecução: aspectos controvertidos envolvendo prazos do exercício de pretensões e direitos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 17. Coord. Elias Farah. n. 34. julho-dezembro de 2014.

⁷⁸³ Vide, nesse sentido: PIFFER, Vinícius S. Manutenção de obras: um problema cultural? Publicado em 03/05/2012. Disponível em: <https://ecivilufes.wordpress.com/tag/manutecao/>. Acesso em 26 out. 2021. Chamamos o leitor para se atentar ao gráfico da queda de desempenho da edificação com o passar dos anos e as manutenções feitas regularmente.

edificação, sob pena de descumprimento contratual e, conseqüentemente, possível responsabilização (ainda que seja culpa concorrente⁷⁸⁴).

⁷⁸⁴ A concorrência de culpa é preceito insculpido no artigo 945, do Código Civil. A respeito do tema Anderson Schreiber afirma que “[...] a literalidade do dispositivo impõe uma redução da indenização, cotejando a gravidade da culpa da vítima que concorreu para o evento danoso com gravidade da culpa do ofensor. A melhor doutrina, contudo, tem alertado para o equívoco de se empregar o critério da gravidade da culpa como medida de indenização. Em verdade, o elemento da responsabilidade civil que contribui para este fim é o nexo causal, afigurando-se mais justo atribuir uma maior responsabilidade para quem mais contribui para a causação do dano”. (SCHREIBER, Anderson. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 694). Ademais, a propósito do tema, dois enunciados do CJF devem ser destacados. “Enunciado 630: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do *quantum* da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um”. “Enunciado 459. A conduta da vítima pode ser atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva”.

3.3 Os riscos contratuais a que o proprietário do terreno está sujeito

3.3.1 Os riscos da transferência da titularidade do imóvel ao incorporador e de responsabilidade civil perante os adquirentes

O proprietário de um terreno anunciado à venda, se não é profissional do mercado imobiliário, não quer correr os riscos da incorporação imobiliária ao lado do incorporador, muito menos responsabilizar-se perante terceiros adquirentes pela construção e entrega de futuras unidades. Nesse sentido, não tendo interesse em empreender, preferirá alienar definitivamente seu imóvel e, como contraprestação, receber o preço integral (à vista de preferência).

Contudo, a prática demonstra que raras vezes as incorporadoras estão dispostas a despendar (ou não possuem) os recursos necessários para pagar o preço do terreno e, também, arcar com os elevados custos para conceber e desenvolver o projeto imobiliário pretendido. Nesse sentido, é prática comum que o incorporador pretenda se valer de outros arranjos contratuais para que possa desenvolver a incorporação imobiliária.

Assim, como já referido anteriormente, muitas vezes o incorporador preferirá firmar contrato de permuta do terreno, recebendo a titularidade do imóvel e remunerando o proprietário com a entrega de parte das futuras unidades que serão construídas. A permuta, como já verificado, é negócio jurídico apto para que o incorporador se torne titular do imóvel e, juntamente com os demais documentos, possa registrar a incorporação imobiliária na matrícula (art. 32, alínea 'a', da Lei 4.591/1964). Já advertia Caio Mário da Silva Pereira⁷⁸⁵ que

Esta [a permuta], aliás, é operação das mais frequentes no comércio imobiliário e franqueia grande número de empreendimentos, tendo em vista que o pagamento em dinheiro exige disponibilidades fora do alcance do comum dos incorporadores, e que interessa ao proprietário do terreno investir em apartamentos ou conjuntos comerciais o valor do seu imóvel. Assim se tem procedido com habitualidade, e prevê-se, razoavelmente, ainda se faça no futuro.

⁷⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 12. ed. revista e atualizada por Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2015. p. 225.

Ao proprietário do terreno, a permuta pode ser comercialmente interessante. Em primeiro lugar porque, como já referido, certamente a oferta comercial na permuta é financeiramente mais atraente⁷⁸⁶. Além disso, se o proprietário do terreno pretende manter seu patrimônio em bens imóveis, trocará terreno por apartamentos, salas comerciais ou unidades hoteleiras.

Ocorre que a permuta imobiliária⁷⁸⁷ certamente pode trazer diversos riscos ao proprietário do imóvel. Nesse negócio jurídico, o proprietário transmite a propriedade desde a lavratura da escritura e recebe a sua contraprestação apenas quando o empreendimento for concluído. Como se nota, portanto, o proprietário do terreno cumpre imediatamente sua prestação e aguarda que o empreendimento prometido pelo incorporador seja, de fato, realizado. Somente com a conclusão do empreendimento é que haverá contraprestação da incorporadora.

E se a incorporadora fica desde logo investida nos poderes de domínio sobre o imóvel, na qualidade de proprietária, pode oferecer o bem em garantia real para financiamento da construção. Nessa circunstância, inadimplida a obrigação do incorporador com a instituição financeira, havendo execução da garantia real, o antigo proprietário se vê na situação de o terreno poder ser utilizado para excussão de dívida. Consequentemente, corre o risco de entregar valioso bem e não receber a contraprestação prometida. Se não há outras garantias para o cumprimento da obrigação da incorporadora, essa situação é plenamente possível.

⁷⁸⁶ Como já referido por Marcus Vinícius Motter Borges “[...] acrescente-se a isso, o fato que por vezes, o próprio proprietário do terreno não deseja promover a venda, mas sim a permuta do terreno, mais interessado, com razão, nos ganhos que poderá obter com a alienação das futuras unidades, os quais, em regra, são maiores que eventual valor de venda em pecúnia do referido terreno”. (BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação imobiliária. In: _____ (coord.). *Curso de Direito Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 445).

⁷⁸⁷ É comum no mercado imobiliário que as partes também firmem o que se intitula ‘permuta financeira’ que, segundo Marcus Vinícius Motter Borges ocorre se “o terreneiro permutante receberá em pecúnia um percentual sobre o valor geral de vendas do empreendimento (VGV), que possui equivalência com o valor da transação ocorrida sobre o terreno”. (BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação Imobiliária. In: _____ (coord.). *Curso de Direito Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021 p. 446). Olivar Vitale, a seu turno, esclarece que a permuta financeira, segundo a IN SRF n. 107/88, não só regulamenta essa operação, como a equipara à compra e venda com dação em pagamento de permuta, afastando a incidência do imposto de renda. Ainda segundo Vitale, juridicamente, a permuta financeira é compra e venda com pagamento a definir, haja vista que o valor a ser pago somente será apurado futuramente. (VITALE, Olivar. Contratos imobiliários. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). *Curso de Direito Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 191).

Como forma de se evitar tal risco é comum que o proprietário do terreno prefira firmar *promessa* de permuta que, embora possa ser registrada no assento imobiliário, conferindo direito real ao incorporador e permitindo que se prossigam os atos necessários para a incorporação⁷⁸⁸, não resulta na transferência da propriedade e, portanto, há maior proteção ao proprietário do terreno.

Até porque, na *promessa* de permuta, o proprietário do terreno pode estabelecer marcos temporais para o cumprimento das obrigações do incorporador, sob pena de resolução do contrato. Assim, pode estabelecer prazo limítrofe para (i) apresentação de projeto de construção aprovado pela municipalidade e das concessões ambientais para o empreendimento; (ii) o registro da incorporação, dentre outros marcos. Como forma de maior proteção, pode o proprietário do terreno estabelecer que caso os marcos temporais não sejam alcançados, o contrato se extinguirá mediante o uso da cláusula resolutiva expressa. Nessa perspectiva, a considerar que a propriedade não foi transferida ao incorporador, o incumprimento do contrato facilita a extinção do negócio jurídico firmado entre as partes e a retomada da posse.

Ressalva deve ser feita para a hipótese de o incorporador já ter firmado contrato com adquirentes das unidades. Assim, ainda que o contrato tenha a previsão de cláusula resolutiva expressa, caso o incorporador, após o registro da incorporação, tenha celebrado contratos com adquirentes, tais direitos aquisitivos não poderão ser frustrados, ou seja, os efeitos da resolução do contrato firmado entre o incorporador e permutante não podem atingir terceiros.

O tema da resolução e os efeitos perante terceiros não é expressamente tratado no Código Civil, contrariamente dos Códigos italiano (art. 1.458)⁷⁸⁹ e português (art. 435º, n.

⁷⁸⁸ Segundo o artigo 32, alínea ‘a’, da Lei 4.591/1964, a promessa de permuta deverá, além de estar registrada no Cartório de Registro de Imóveis, conter obrigatoriamente cláusula de irrevogabilidade e irretroatividade, cláusula de imissão na posse e não prever estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e que inclua consentimento para demolição e construção.

⁷⁸⁹ “Art. 1.458: La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l’effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. *La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*”. Tradução: “Art. 1.458. A resolução do contrato por incumprimento tem efeito retroativo entre as partes, salvo no caso de contratos de execução continuada ou periódica, para os quais o efeito da resolução não se estende aos serviços já prestados. *A resolução, mesmo que expressamente acordada, não afeta os direitos adquiridos por terceiros, exceto para os efeitos da transcrição do pedido de rescisão*”.

1)⁷⁹⁰. Ainda que o Código Civil brasileiro não trate da matéria, a doutrina também reputa que, no caso referido, a resolução não deverá atingir terceiros⁷⁹¹.

Outra forma de o proprietário reduzir o risco ao transferir a propriedade à incorporadora pela permuta é permanecer na titularidade de parte do terreno, estabelecendo, assim, condomínio ordinário, hipótese que, segundo Marcus Vinícius Motter Borges⁷⁹², impõe que qualquer ato formal inerente à propriedade dependerá da anuência do proprietário, o que pode reduzir o poder de gestão da incorporadora perante o imóvel, caso não seja estabelecido mandato entre as partes.

Mas, com o passar dos anos, além das tradicionais formas de contratação (compra e venda e permuta), novos arranjos contratuais foram sendo criados, de forma a permitir que a relação jurídica entre proprietário e o incorporador, com vistas a desenvolver o empreendimento com maior eficiência do ponto de vista tributário⁷⁹³.

Dentre as novas estruturas, têm sido frequente a utilização de arranjos societários estabelecidos entre a incorporadora e o proprietário do terreno. A Sociedade de Propósito Específico (SPE), por exemplo, é um modelo de sociedade com finalidade única e específica prevista em contrato social e com prazo determinado até o cumprimento do objetivo determinado pelas partes⁷⁹⁴. A SPE poderá ser constituída na forma de Sociedade por Quotas

⁷⁹⁰ “Art. 435, n. 1. A resolução, ainda que expressamente convencionada, não prejudica os direitos adquiridos por terceiros”.

⁷⁹¹ Nesses termos, vide NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 652-660; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 195-200 e LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 195 e seguintes.

⁷⁹² BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação imobiliária. In: _____ (coord.). *Curso de Direito Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 446.

⁷⁹³ Tratando a respeito de questões tributárias envolvendo a permuta entre incorporador e proprietário do terreno, Cassio Geara e Wagner Carneiro asseveram que esse tipo de negócio “[...] não apresenta grande vantagem tributária, na medida em que há incidência de ITBI em duas oportunidades: a primeira quando da transferência do terreno para o empreendedor e a segunda quando da transferência das unidades prontas ao terrenista, ocasião em que as matrículas já estarão abertas e com avaliação atualizada, ou seja, a base de cálculo é elevada para fins de cálculo de ITBI. Nesse aspecto, o terrenista também sai na desvantagem quanto ao Imposto de Renda, uma vez que pode ser apurado ganho de capital de grande monta, quando da transferência do imóvel, pois a avaliação inicialmente é embasada na declaração de IR anterior, em que haverá significativa diferença financeira quando recebidas as unidades imobiliárias novas na permuta (avaliação sobre valor de mercado atualizada). Seja na pessoa física ou na jurídica, certamente o terrenista arcará com tributação sobre o ganho de capital muito superior [...]” (GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formatação de negócios imobiliários entre terrenista e empreendedores. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 3. São Paulo, dezembro 2019. p. 75).

⁷⁹⁴ A Sociedade de Propósito Específico possui disciplina no parágrafo único do art. 981, do Código Civil.

de Responsabilidade Limitada ou Sociedade Anônima e seus atos devem estar registrados na Junta Comercial do Estado. Segundo Cassio Geara e Wagner Carneiro⁷⁹⁵

Essa estrutura permite isolar um tipo de atividade ou empreendimento das demais atividades dos sócios controladores e de outras atividades dos grupos econômicos envolvidos, além de permitir aos agentes financiadores acesso direto aos recursos ativos e recebíveis do negócio, em caso de inadimplemento [...] O dono do terreno entra com o ativo principal do negócio, o imóvel, enquanto o incorporador injeta recursos financeiros e seu *know how* no ramo da gestão do projeto, contratando ou agregando ao projeto uma empreitada, ou mesmo executando a obra, seja na edificação de um prédio ou estruturação de um loteamento.

Na constituição de uma sociedade de propósito específico, normalmente o proprietário do terreno contribui com o próprio imóvel para a formação de seu capital, enquanto o incorporador participa com o capital necessário para a execução da obra. Esse valor, inclusive, não precisa estar inteiramente integralizado no momento da constituição da empresa, podendo ser realizado de acordo com a necessidade de caixa⁷⁹⁶.

A Sociedade de Propósito Específico, sob o ponto de vista de evitar o risco de incumprimento do incorporador, confere ao proprietário do terreno uma melhor fiscalização e maior controle sobre as operações da empresa, recebendo, em contrapartida, participação proporcional ao valor geral das vendas, por meio de dividendos. Além disso, com relação à eficiência tributária, haverá incidência do ITBI uma única vez, ou seja, no momento em que há integralização do terreno pelo dono, na sociedade⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formação de negócios imobiliários entre terrenista e empreendedores. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 3. São Paulo, dezembro 2019. p. 81. Ver mais a respeito do tema em: OLIVEIRA, Rodrigo Reis Ferreira. Estruturação de negócio imobiliário no Brasil por meio de sociedade de propósito específico: análise prática e impactos fiscais. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 645-661 e SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira. *Patrimônio de afetação, SPE, SCP e Consórcio*. Estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p. 55-84.

⁷⁹⁶ OLIVEIRA, Rodrigo Reis Ferreira. Estruturação de negócio imobiliário no Brasil por meio de sociedade de propósito específico: análise prática e impactos fiscais. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 652.

⁷⁹⁷ GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formação de negócios imobiliários entre terrenista e empreendedores. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 3. São Paulo, dezembro 2019. p. 82.

Em sentido próximo, as partes podem entender por estabelecer Sociedade em Conta de Participação (SCP). Embora não possa ser reputada como sociedade empresarial, porque não dispõe de patrimônio próprio ou por não ser personificada (sequer há necessidade de registrar seus atos constitutivos), possui regramento nos artigos 991 a 996 do Código Civil. Nesse modelo de sociedade constituída no âmbito da incorporação imobiliária, os sócios participantes (ocultos) constituem uma espécie de conta corrente de participação para onde é destinado o capital financeiro necessário à consecução de um objetivo comum combinado com o sócio ostensivo, que fica responsável por gerenciar o objeto do empreendimento.

Diferentemente do que ocorre na Sociedade de Propósito Específico (SPE), na Sociedade de Conta de Participação (SCP), o dono do terreno não possui poder de decisão ou gestão, mas apenas se contenta com a prestação de contas da administração realizada pelo sócio ostensivo que, inclusive, será o responsável perante os adquirentes, além de ficar integralmente à frente do projeto construtivo, licenças e contratação dos fornecedores responsáveis pela obra⁷⁹⁸.

Outra estrutura societária que tem sido frequente para concepção de empreendimentos imobiliários é o Consórcio Imobiliário, previsto na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76 artigos 278 e 279). Nessa modalidade, várias empresas se unem para uma empreitada imobiliária, mas sem que se tornem sócias umas das outras. Pode haver uma empresa denominada líder que conduz e centraliza toda a parte da escrituração, guarda de livros e outros documentos contábeis. O dono do terreno continua proprietário do imóvel, mas obrigatoriamente terá de ser sociedade empresária. A maior vantagem do Consórcio é permitir que grupos de empresas e donos dos terrenos se unam para empreender em conjunto,

⁷⁹⁸ GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formação de negócios imobiliários entre terrenista e empreendedores. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 3. São Paulo, dezembro 2019. p. 84. Ainda segundo os autores, a questão tributária da SCP se assemelha muito com a SPE, uma vez que embora não tenha personalidade jurídica, ela é equiparada, em relação à tributação sobre as rendas, às demais pessoas jurídicas, conforme o art. 7º do Decreto-Lei 2.303/86. Nesse sentido, o empreendimento também propicia distribuição de dividendos entre os sócios participante e ostensivo, que ficam isentos de tributação, assim como na SPE, sendo que deverão ser distribuídos antes do encerramento da empresa. Da mesma forma, com a escolha do regime de tributação correto, no lucro presumido, a tributação sobre a receita imobiliária do empreendimento será no percentual próximo de 6,73% e se a incorporação optar pelo Regime Especial de Tributação (RET), a tributação pode atingir 4%. A respeito da forma de constituição da SCP e seu regime tributário, vide SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira. *Patrimônio de afetação, SPE, SCP e Consórcio*. Estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p. 133-159.

mas sem se tornarem sócios e sem presunção de solidariedade, nos termos do artigo 278, § 1º da Lei 6.404/1976⁷⁹⁹.

Como se nota, a depender da opção do dono do terreno nas estruturas acima listadas, haverá distinção dos riscos envolvidos, seja para a transmissão da propriedade, seja para responder perante terceiros adquirentes.

Ao optar por realizar permuta definitiva do imóvel em favor do incorporador, em regra, não terá poder de gestão sobre a incorporação imobiliária e, a princípio, não deveria ser responsável perante os adquirentes das unidades do empreendimento, em caso de descumprimento das obrigações do incorporador. Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁸⁰⁰, nessa hipótese, “[...] o proprietário do terreno não participa da atividade empresarial da incorporação: apenas entrega o terreno ao incorporador para que este promova o negócio sob sua inteira responsabilidade e, ao final, lhe entregue determinadas unidades em pagamento do preço”.

Pedro Elias Avvad⁸⁰¹, por sua vez, afirma que a ideia da Lei 4.591/1.964, ao permitir que a incorporação imobiliária fosse realizada por meio de permuta, permitiu a

“[...] oportunidade a que terceiros, ligados ao exercício da atividade, pudessem desempenhar-se da incorporação, sem o investimento na compra do terreno, ao mesmo tempo em que visou incentivar os proprietários de áreas edificáveis a que permitissem a realização de um empreendimento, sem que assumissem, em nome próprio, as responsabilidades das incorporações, que são muitas”.

Em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça⁸⁰², voto-vista da Min. Nancy Andrighi entendeu que na hipótese de permuta,

⁷⁹⁹ Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

⁸⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 12. ed. revista e atualizada por Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2015. p. 255.

⁸⁰¹ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 583.

⁸⁰² REsp 686.198/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 01/02/2008.

[...] o proprietário do terreno assumirá o *status* jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação. Apenas, receberá quitada, no todo ou em parte, determinada quantidade de unidades, em face da permuta efetuada, de sorte que não há como lhe estender a responsabilidade imputável ao incorporador, pois ele não é uma das ‘chaves do negócio’.

No mesmo julgado, com fundamento no artigo 40 da Lei 4.591/1964, determinou-se que o dever de indenizar os adquirentes fica limitado “à vantagem financeira auferida pelo proprietário do terreno, a qual não se confunde com o valor integral pago pelos demais adquirentes à incorporadora”⁸⁰³. Além disso, ao estabelecer a relação jurídica do proprietário do terreno com o incorporador, o voto referiu que o proprietário deve ser equiparado ao consumidor, nos termos do artigo 2º do CDC, porque “o dono do imóvel só difere dos demais adquirentes porque paga sua unidade autônoma com o próprio terreno no qual foi erguido o empreendimento [...]”⁸⁰⁴. Em outro caso apreciado pelo STJ, o Min. Luis Felipe Salomão

⁸⁰³ Ademais, J. Nascimento Franco e Niske Gondo entendem que mesmo havendo acessões construídas no terreno, nem sempre os adquirentes deveriam ser remunerados por tais acréscimos: “Na verdade, o proprietário tem direito de liberar-se de qualquer responsabilidade perante os adquirentes das unidades autônomas, no contrato que pactuar com o incorporador, mesmo porque nem sempre ele possui recursos para indenizar os interessados pelas acessões feitas no terreno. Nem se veja nisso enriquecimento sem causa, porque, no entretempo, ele terá deixado de receber rendas do imóvel e perdido as benfeitorias existentes no terreno, substituídas pela construção paralisada”. (FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. *Incorporações imobiliárias*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1972. p. 111).

⁸⁰⁴ No mesmo sentido, vide, ainda, DIREITO CIVIL. CONTRATO. PERMUTA. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OBRA NÃO CONCLUÍDA. VENDA DAS UNIDADES A TERCEIROS DE BOA-FÉ. RESCISÃO DO CONTRATO. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. DEFERIMENTO. ART. 40, § 2º, LEI N. 4.591/64. EXEGESE. COMUNICAÇÃO AOS TERCEIROS INTERESSADOS. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DOS RÉUS NÃO CONHECIDO. I - Em contrato de permuta, no qual uma das partes entra com o imóvel e outra com a construção, não tendo os proprietários do terreno exercido atos de incorporação - uma vez que não tomaram a iniciativa nem assumiram a responsabilidade da incorporação, não havendo contratado a construção do edifício - não cumprida pela construtora sua parte, deve ser deferida aos proprietários do imóvel a reintegração na posse. II - O deferimento, no entanto, fica condicionado às exigências do § 2º do art. 40 da Lei das Incorporações, Lei nº 4.591/64, para inclusive resguardar os interesses de eventuais terceiros interessados. III - Os terceiros deverão ser comunicados do decidido, podendo essa comunicação ser feita extrajudicialmente, em cartório. (REsp 489.281/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/06/2003, DJ 15/03/2004, p. 276). Mais recentemente, vide, ainda: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. FALÊNCIA DA CONSTRUTORA. RESCISÃO DO CONTRATO DE PERMUTA DO TERRENO MEDIANTE SENTENÇA FALIMENTAR. NOVA ALIENAÇÃO SEM A INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS ANTIGOS ADQUIRENTES DAS UNIDADES AUTÔNOMAS DO EMPREENDIMENTO FRUSTRADO. LEGITIMIDADE. TERMO INICIAL DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. Polêmica em torno da responsabilidade do proprietário de terreno pelos danos sofridos pelos antigos titulares de promessas de aquisição de unidades autônomas, que tiveram seus contratos desfeitos pela rescisão mais ampla do contrato de permuta de terreno, decretada pelo juízo da falência, no curso do processo falimentar da incorporadora/construtora, que lhes prometera construir apartamentos antecipadamente pagos. 2. Reconhecimento da legitimidade passiva dos proprietários do terreno para responder pelos danos sofridos pelos antigos adquirentes de unidades autônomas, objeto de rescisão

ressaltou que “[...] sob pena de retração dessa atividade de relevância socioeconômica – que depende da obtenção de terreno para a efetivação de seu desiderato social –, é imprescindível não se confundir a pessoa do incorporador, que exercita atividade empresária, com a do proprietário do terreno”⁸⁰⁵.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo também entende inexistir responsabilidade do proprietário do terreno para indenizar os adquirentes de uma incorporação frustrada quando a sua atuação é meramente trocar o terreno para a concepção do empreendimento e obter, em contraprestação, unidades futuras⁸⁰⁶.

Mas nas situações em que o proprietário do terreno (mesmo no caso de permuta física) assume parte da gestão da incorporação imobiliária como por exemplo, promover a

contratual, que realizarem nova alienação do imóvel sem a devida indenização, em face do enriquecimento sem causa. Inteligência do artigo 40, § 3º, da Lei 4.591/64. [...] 9. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1.537.012/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, *DJe* 26/06/2017). Ao final, destacamos o (REsp 656.457/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2010, *DJe* 14/10/2010).

⁸⁰⁵ (REsp 1360269/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2018, *DJe* 08/03/2019).

⁸⁰⁶ Apelação – Rescisão contratual – Ilegitimidade passiva da proprietária do terreno na qual houve a construção do empreendimento – Reconhecimento – Distinção necessária – Falta de comprovação da participação da proprietária na incorporação prometendo alienar unidades ou construir e alienar, respondendo somente o incorporador e construtor por eventual indenização – Não se demonstrando que tenha havido denúncia pelo proprietário do terreno naquela fase inicial de registro, ou a rescisão da própria venda ou compromisso da venda do terreno, em benefício do proprietário do terreno, eventual pretensão à recuperação do valor pago em caso de rescisão do compromisso de aquisição de unidade deve ser proposta em face do incorporador ou construtor. Recurso improvido, com observação quanto a ilegitimidade passiva da empresa OLN. (TJSP; Apelação Cível 1003763-07.2020.8.26.0320; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2021; Data de Registro: 30/07/2021). No mesmo sentido: RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESCRIÇÃO – Fatos ocorridos em 2013, conforme relato dos autores – Construtora que não cumpriu seu empreendimento – Reparação civil – Dono do terreno que o permutou em troca de algumas unidades autônomas – Aplicação do prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil – Pleito de equiparação do dono do terreno ao Incorporador – Impossibilidade – legislação regente da matéria, que exige, como causa da equiparação, a prática de alguma atividade condizente com a relação jurídica incorporativa, ou seja, da promoção da construção da edificação condominial, propaganda, venda entre outros (art. 29 e 30 da Lei 4.591/1964), situação que não se coaduna ao caso concreto – Prescrição bem decretada – Sentença mantida – Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1015069-80.2016.8.26.0071; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 10/06/2020). Ver, ainda, TJSP; Apelação Cível 1012154-34.2016.8.26.0564; Relator (a): Silvia Maria Facchina Esposito Martinez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2018; Data de Registro: 10/08/2018 e Apelação Cível 1003945-60.2015.8.26.0322, Relator Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, Foro de Lins – 2ª Vara Cível, Data do Julgamento: 23/09/2020, Data de Registro: 23/09/2020; TJSP, 6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1131301-25.2015.8.26.0100, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 02.09.2020; TJSP; Apelação Cível 1014166-38.2015.8.26.0602; Relator (a): Elcio Trujillo; 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª Vara Cível; j.: 18/02/2021; TJSP; Apelação Cível 0015188-56.2002.8.26.0004; Relator (a): Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/05/2021; Data de Registro: 25/05/2021.

oferta publicitária da edificação, poderá ser entendido que há responsabilidade perante terceiros. O Superior Tribunal de Justiça⁸⁰⁷ já decidiu, em caso específico, que uma vez frustrada a incorporação, o dono do terreno era corresponsável pela devolução integral dos valores pagos pelos adquirentes porque, quando foi determinada a falência da incorporadora, o proprietário do terreno assumiu contratualmente com a empresa falida o prosseguimento da obra.

Talvez a questão central para entender a extensão da responsabilidade do dono do terreno perante os adquirentes é verificar, no caso concreto, se ele pode (ou não) ser qualificado como incorporador, nos termos do artigo 29, da Lei 4.591/1964. Referido dispositivo, já citado neste trabalho, considera incorporador não apenas o empreendedor, mas, também, pessoa física que, mesmo não participe da construção, tenha alguma gestão nas atividades da incorporação imobiliária. Assim, a depender das ações realizadas pelo dono do terreno, haverá responsabilidade perante os adquirentes porque poderá ser reputado fornecedor, ao lado do incorporador, tal como determina o artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor⁸⁰⁸. Se o dono do terreno atua para providenciar documentos necessários para o registro da incorporação, participa ativamente na comercialização das unidades, recebe parte do preço pago pelos adquirentes ou faz ampla divulgação do empreendimento, a responsabilidade solidária está presente.

Além disso, quando o dono do terreno e a incorporadora constituem sociedade empresarial, a responsabilidade pode ser mais evidente. Na sociedade de propósito específico, por exemplo, defende-se que ao trazer o dono do terreno para dentro do negócio, garantindo-lhe poder de fiscalização na tomada de decisões e controle, também “o expõe a

⁸⁰⁷ [...] EMPREENDIMENTO "RIO 2". DEVOLUÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS. OBRIGAÇÃO RECONHECIDA COM BASE EM PROVAS E CONTRATOS. APLICAÇÃO DO ART. 40, § 2º, DA LEI N. 4.591/64. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. CADA DESEMBOLSO. [...] 3. No caso em julgamento, segundo a premissa fática da qual partiram as instâncias ordinárias, a responsabilidade da Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções – para além do que dispõe o art. 40, § 2º, da Lei n. 4.591/64 – decorre de assunção contratual do empreendimento cuja construção era, inicialmente, obrigação da Encol, assim também pela sua postura publicitária ativa na captação de compradores. Portanto, tratando-se de matéria essencialmente probatória, e na linha dos precedentes desta Corte, aplicam-se as Súmulas n. 5 e 7 no tocante à incidência do art. 40, § 2º, da Lei n. 4.591/64. [...] 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1305780/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2013, *DJe* 17/04/2013).

⁸⁰⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

todos os riscos envolvidos [...] trabalhistas, ambientais, além de fiscais e de consumo, uma vez que não é incomum a desconsideração da personalidade jurídica”⁸⁰⁹.

No contrato de consórcio, ainda que uma empresa se responsabilize apenas pela incorporação, enquanto a segunda apenas e tão somente confere o terreno, sendo que a terceira se responsabiliza pela construção, poderá haver responsabilidade solidária, não obstante o artigo 278, § 1º, da Lei 6.404/1976, tal como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁸¹⁰. Ocorre que o mesmo tribunal, mais recentemente, em razão da edição da Lei de Liberdade Econômica e dos novos requisitos que ensejam a desconsideração de personalidade, demonstrou cautela para que as empresas não respondessem pelos atos de consorciada que o realiza de forma externa ao objeto comum do consórcio⁸¹¹.

A atribuição da responsabilidade pode ser distinta na hipótese de sociedade em conta de participação. Nessa circunstância, o dono do terreno, sócio oculto, não tem qualquer ato de gestão na incorporação imobiliária e, portanto, a rigor, não deve responder perante o adquirente pelos danos causados pela incorporadora, nos termos do art. 993, parágrafo único do Código Civil⁸¹², tal como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça⁸¹³.

⁸⁰⁹ GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formatação de negócios imobiliários entre terrenista e empreendedores. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 3. São Paulo, dezembro 2019. p. 79-80.

⁸¹⁰ [...] via de regra, as sociedades consorciadas apenas se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade, de acordo com o disposto no art. 278, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76). 2. Entretanto, há diversas disposições normativas que preveem a solidariedade entre as sociedades consorciadas, como, por exemplo, a responsabilidade derivada de relação de consumo, por força do art. 28, § 3º, do CDC, totalmente aplicável ao caso. Assim, os termos do contrato de consórcio não vinculam a relação jurídica havida entre a concessionária e os usuários do serviço, pois criam obrigações para as empresas consorciadas, sem afetar a responsabilidade da Concessionária (Consórcio) perante os usuários do serviço (consumidores). REsp 1787947/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 23/04/2019). No mesmo sentido: REsp 1.635.637/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 21/09/2018.

⁸¹¹ Segundo o julgado: “[...] as obrigações assumidas pelas sociedades no âmbito de suas personalidades jurídicas autônomas não obrigam a outra consorciada. O liame se forma apenas para execução do fim específico do consórcio, não havendo a formação de um grupo de sociedades, como dito alhures. Do contrário, nem faria sentido a formação de consórcio entre empresas”. AgInt no REsp 1337956/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 07/02/2017.

⁸¹² Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade. *Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.*

⁸¹³ “Na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata. (REsp nº 168.028-SP). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 192.603/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2004, DJ 01/07/2004, p. 197).

Por outro lado, caso exista efetiva participação do sócio oculto na gestão da sociedade, o caso concreto poderá demonstrar a responsabilidade solidária daquele. Nesse sentido, já se decidiu que o “sócio oculto que participa da administração da sociedade em conta de participação, seja administração financeira, mercadológica, comercial, negocial, econômica, estratégica, responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações derivadas dos negócios em que interveio”⁸¹⁴. A esse respeito, também já se manifestou Marcelo Fortes Barbosa Filho⁸¹⁵:

[...] descabe ao sócio participante ou oculto participar de relações com terceiros, atuando diretamente nas tratativas ou na celebração de negócios, assumindo ele a função precípua de fornecedor de capital, despido de poderes de gestão. Caso tal padrão de conduta seja desrespeitado, o sócio oculto ou participante se submete a uma sanção, assumindo, junto do sócio ostensivo e em favor do terceiro credor, responsabilidade solidária pelas dívidas cujo nascimento houver tido alguma intervenção, por menor que seja ela.

Ainda a respeito da sociedade em conta de participação, tem sido frequente suposta parceria entre o adquirente com o dono do terreno. De forma a buscar fugir da aplicação da Lei 4.591/1964, algumas empresas têm oferecido a consumidores a aquisição de bem imóvel mediante celebração de sociedade em conta de participação. Atento a tais circunstâncias, não raras vezes, o Tribunal de Justiça de São Paulo⁸¹⁶ não reconhece qualquer relação societária entre incorporador e adquirente, para reconhecer uma relação de consumo, bem como a proteção legal conferida ao adquirente no regime jurídico da incorporação imobiliária.

Essa mesma proteção deve ser oferecida para coibir prática que vem ganhando maior proporção nos últimos tempos, qual seja, a oferta publicitária de unidades por meio de

⁸¹⁴ (TJSP; Embargos de Declaração Cível 0287623-75.2010.8.26.0000; Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: N/A; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 01/03/2011; Data de Registro: 15/03/2011).

⁸¹⁵ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. In: PELUSO, Antônio Cezar (org). *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Manole, 2019. p. 979.

⁸¹⁶ COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – Contrato de admissão em sociedade em conta de participação visando à captação de recursos para a construção de imóveis – Simulação bem reconhecida na sentença – Contrato que se reveste de características de compra e venda – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (TJSP; Apelação Cível 1014092-82.2018.8.26.0309; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/04/2020; Data de Registro: 24/04/2020). No mesmo sentido: (TJSP; Apelação Cível 1003108-49.2019.8.26.0068; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2021; Data de Registro: 27/05/2021).

“associações pró-construção” que, subvertendo a lei, oferecem a seus “associados” a possibilidade de participarem de uma união de esforços para desenvolvimento de empreendimento imobiliário. Tais unidades são comercializadas mesmo sem que o registro da incorporação esteja registrado na matrícula, prática, evidentemente, ilícita. Se o dono do terreno, ao lado do incorporador, participa de tais condutas ilícitas, coloca-se em posição de também responder pelos ilícitos civis e penais⁸¹⁷.

Em síntese conclusiva, podemos afirmar que o proprietário de um terreno, quando aceita conferir o seu imóvel em troca de futuras unidades, deve ser considerado consumidor, tal como aquele adquirente que vai ao estande de vendas e manifesta interesse na aquisição do imóvel. Contudo, se o proprietário atua com algum tipo de gestão nas atividades da incorporação, deixa de ser meramente consumidor e pode ser considerado fornecedor, respondendo, inclusive, perante terceiros pela frustração da incorporação.

Os novos arranjos societários com o incorporador para o desenvolvimento do empreendimento podem trazer vantagens comerciais e tributárias ao dono do terreno, além de ganhos financeiros expressivos. Contudo, quando aceita a condição de entregar o seu imóvel e receber, no futuro, unidades de uma pretensa obra ou quando atua em parceria com a incorporadora no desenvolvimento do empreendimento, sujeita-se aos benefícios e riscos de suas escolhas.

3.3.2 Os riscos de revisão das prestações a que o incorporador se obrigou

Caso o incorporador se obrigue a pagar o preço pela aquisição do imóvel em prestações proteladas ao longo dos meses (ou anos) ou se o pagamento se dá mediante a entrega de unidades a serem edificadas no futuro, o risco de recebimento da integralidade do

⁸¹⁷ A respeito do tema das associações que agem como incorporadoras, vide SANJUAN, Pedro Ernesto Celestino Pascoal. Incorporadoras imobiliárias travestidas de ‘associações pró-construção’. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 09/09/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/350992/incorporadoras-imobiliarias-travestidas-de-associacoes-pro-construcao>. Acesso em: 14 set. 2021. Vide ainda, parecer elaborado por Melhim Chalhub nos autos da ação civil pública nº 0041947-63.2020.8.25.0001, em trâmite perante a 4ª Vara Cível de Aracaju – SE. Ao tratar da ilicitude das associações intituladas “pró-construção”, Melhim Chalhub afirma que “[...] os atos de prospecção de terreno para implantação de condomínio edilício, elaboração de projeto, formação de grupo de adquirentes, gestão dos recursos deles captados e coordenação dos demais fatores necessários à construção e entrega do edifício caracterizam incorporação imobiliária, atividade empresarial cujo ato inaugural é o registro de um Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis, no qual é identificado o incorporador beneficiário dos resultados econômico-financeiros e responsável pelos respectivos ônus, vedada a transferência das suas responsabilidades aos adquirentes, pouco importando se eles integram uma associação de adquirentes ‘para fins não econômicos’”.

valor avençado ou das unidades prometidas estará presente ao longo do cumprimento, até o adimplemento⁸¹⁸. O cumprimento da obrigação protraída no tempo pode trazer consigo o risco de revisão contratual.

Alguns casos ilustram o risco de revisão das prestações quando o proprietário do terreno transmite a sua propriedade ao incorporador e o preço fica ajustado para ser pago de forma diferida no tempo em pecúnia ou em unidades, no futuro.

Em caso apreciado no Rio de Janeiro⁸¹⁹, incorporadora firmou negócio jurídico com a empresa permutante, proprietária do terreno, de modo a erigir empreendimento imobiliário com aproximadamente 700 unidades habitacionais. Como forma de remuneração do preço, a incorporadora se obrigou a entregar à empresa permutante 139 unidades. Ao longo do cumprimento do contrato, as partes entabularam alguns ajustes contratuais, de forma a melhor ajustar o prazo para a entrega das unidades, bem como para reduzir a área mínima privativa que seria entregue para a permutante do terreno. Contudo, após novo pleito para prorrogar a entrega das unidades, bem como pedido para que não fosse cobrada multa pelo atraso da obra, a permutante se recusou a aceitar as novas condições.

Diante disso, a incorporadora intentou ação revisional, asseverando que “entre o início do negócio (abril de 2014) e a data prevista para cumprimento da obrigação total (junho de 2017), a economia nacional ‘derreteu’ [...], fazendo o mercado imobiliário mergulhar, a reboque e na condição de mercado mais sensível a essas flutuações, em crise cuja solução não se vislumbra para os próximos 3 (três) anos”.

O pleito foi respaldado nas teses de onerosidade excessiva e de quebra da base objetiva do negócio. Foi requerido pela incorporadora a redução do preço e considerando que a maioria das unidades já havia sido entregue (em torno de 90), pleiteou-se que a prestação da incorporadora fosse considerada integralmente adimplida.

A empresa permutante, Ré na ação, discordou do pleito revisional asseverando ausente desequilíbrio econômico-financeiro na relação contratual e argumentando pela inexistência dos requisitos para a aplicação da onerosidade excessiva. Na contestação,

⁸¹⁸ A questão envolvendo a duração dos contratos e os riscos envolvidos é bem desenvolvida por Paulo Dóron Rehder de Araujo. (ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011).

⁸¹⁹ TJRJ. Processo 0270505-34.2017.8.19.0001, que tramitou perante a 46ª Vara Cível da Comarca da Capital.

defendeu que a alegada crise econômica de 2014 e a consequente recessão no mercado imobiliário não constituem eventos imprevisíveis ou extraordinários e que não haveria prejuízo à incorporadora, porque os imóveis do Rio de Janeiro ainda estariam ainda mais valorizados do que em 2012, época de celebração do negócio jurídico. Além disso, a permutante também defendeu a ausência da extrema vantagem, pois a redução no preço de venda dos imóveis teria afetado ambas as partes de forma idêntica.

A sentença de primeiro grau, acolhendo o pleito revisional, julgou a demanda procedente, porque entendeu que a crise econômica que o Rio de Janeiro atravessava era motivo imprevisível e em razão da queda do preço de venda das unidades, revisou o contrato, não apenas para determinar a desnecessidade de entregar as demais unidades contratadas, bem como para condenar a permutante a restituir dinheiro em favor da incorporadora.

Em recurso de apelação, a empresa permutante defendeu a impossibilidade de alegação da imprevisibilidade em razão de crise econômica, por ser risco inerente à atividade econômica imobiliária e que na atividade empresarial da construção, correm por conta exclusiva da incorporadora os riscos que podem comprometer o sucesso do empreendimento. De outra parte, também asseverou que os permutantes sujeitam-se à oscilação do valor de mercado ocorrida ao longo da construção, comparativamente com o valor projetado na contratação.

O recurso de apelação não chegou a ser julgado porque as partes acabaram por firmar um acordo. Ora. O mercado imobiliário já passou por diversas outras recessões. Se em 2014 o mercado imobiliário viveu tempos de grave crise, surpreendentemente a pandemia decorrente do COVID-19 fez crescer o mercado imobiliário. Muitas unidades que estavam no estoque das empresas foram alienadas nesse período. Assim, a revisão do preço em favor da incorporadora não cabe, à luz da ausência de imprevisibilidade, o que afasta a aplicação dos artigos 317 e 478, do Código Civil.

A mesma discussão envolvendo possível revisão do preço também estará presente se o pagamento pela incorporadora é em dinheiro, sobretudo em tempos de pandemia, quando índices inflacionários tiveram expressivos aumentos. A considerar que normalmente os contratos de compra e venda são reajustados pelo IGPM, índice que, entre maio de 2020 e

maio de 2021, por exemplo, acumulou alta de 37,04%⁸²⁰, é possível imaginar o interesse de incorporadores para revisar o preço, sobretudo com fundamento no artigo 317, do Código Civil.

No âmbito dos contratos em geral, sobretudo na locação, verificamos pleitos apreciados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para revisão do preço, considerando essa expressiva elevação do IGPM⁸²¹.

Dentre os casos analisados no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, há julgados que privilegiam o índice contratado pelas partes⁸²², mas também acórdãos permitindo a substituição do índice⁸²³. A considerar que a quantidade de demandas levadas

⁸²⁰ FGV IBRE Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas. IGP-M: Resultados 2021. Publicado em 04/01/2021. Disponível em: https://portal.fgv.br/noticias/igp-m-resultados-2021?utm_source=portal-fgv&utm_medium=fgvnoticias&utm_campaign=fgvnoticias-2021-02-25. Acesso em: 14 set. 2021.

⁸²¹ Ainda não há julgados a respeito do tema apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁸²² Inadmitindo-se a substituição do índice: Agravo de instrumento. Compromisso de compra e venda de lote de terreno. Agravantes requerem a substituição do IGPM pelo IPCA nas respectivas prestações e aplicação da capitalização de juros na periodicidade anual e não mensal. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos do artigo 300, 'caput', do Código de Processo Civil. Previsão expressa do índice oficial e da periodicidade da aplicação da correção. Variação positiva do IGPM, ainda que elevada como ocorreu nos últimos meses (referente ao período de pandemia), não tem o condão de permitir a alteração unilateral do pactuado. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2143598-46.2021.8.26.0000; Relator (a): Natan Zelinski de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/07/2021; Data de Registro: 20/07/2021). Ver ainda TJSP; Apelação Cível 1001117-05.2018.8.26.0058; Relator (a): Enéas Costa Garcia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Agudos – 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 10/02/2021; Data de Registro: 10/02/2021 e TJSP; Agravo de Instrumento 2166877-61.2021.8.26.0000; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/09/2021; Data de Registro: 10/09/2021.

⁸²³ Admitindo-se a substituição do índice em demanda envolvendo relação de consumo, cite-se: APELAÇÃO – AÇÃO REVISIONAL COM PEDIDO DE TUTELA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO – COMPRA DE LOTE – VENDEDORES QUE NÃO INTEGRAM O SISTEMA FINANCEIRO, SENDO PERMITIDA APENAS A CAPITALIZAÇÃO ANUAL – ART. 591 DO CÓDIGO CIVIL – IGPM QUE SE TORNOU EXCESSIVAMENTE ONEROSO DESDE 2018 A VIABILIZAR A SUBSTITUIÇÃO PELO IPCA – ART. 6º, V, DO CDC E ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL – MORA AFASTADA – EMPREGO DA TABELA PRICE QUE, POR SI SÓ, NÃO SE MOSTRA ILEGAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1007821-75.2020.8.26.0248; Relator (a): Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Indaiatuba – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/08/2021; Data de Registro: 25/08/2021).

Admitindo-se a substituição em tutela de urgência em relação empresarial, cite-se LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. AÇÃO RENOVATÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA INCIDENTAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO PROVISÓRIA DO ÍNDICE DE REAJUSTE (IGPM) PELO IPCA, A PARTIR DO LOCATIVO VENCIDO EM MARÇO DE 2021. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA DE URGÊNCIA. RECURSO PROVIDO 1. Houve o reconhecimento do estado de calamidade pública e é notório que a adoção de medidas restritivas de emergência, voltadas ao enfrentamento da pandemia de covid-19, em especial o isolamento social, geraram efeitos no mercado atual. 2. Em razão disso, mostra-se perfeitamente viável a substituição provisória do índice de reajuste (IGPM) pelo IPCA, mais condizente com a realidade econômica, considerando que nas circunstâncias atuais, o critério de reajuste contratado pelas partes se tornou injusto e implica desequilíbrio entre as partes. (TJSP; Agravo de

ao Tribunal de Justiça de São Paulo ainda é pouco expressiva e a considerar que o Superior Tribunal de Justiça ainda não apreciou a controvérsia, ainda não se pode afirmar que a jurisprudência irá privilegiar o índice do contrato ou permitir a revisão do contrato.

Contudo, o incorporador que pleiteia a revisão do preço a seu favor em detrimento do proprietário do terreno deve ser coerente quando o pedido é formulado pelo adquirente das unidades que, regra geral, também está sujeito ao mesmo índice inflacionário. Nesse caso, havendo relação de consumo, os requisitos que ensejam a revisão do preço certamente estarão ainda mais evidentes.

3.4 Os riscos a que os adquirentes das unidades imobiliárias estão sujeitos

3.4.1 Os riscos decorrentes do atraso, interrupção das obras ou excussão do terreno e das acessões por possíveis credores da incorporadora

Ao adquirir uma unidade no estande de vendas, certamente é motivo de preocupação ao adquirente o descumprimento contratual das obrigações do incorporador, sobretudo a construção não iniciar, sofrer atraso ou mesmo ser definitivamente interrompida. Também haverá receio dos adquirentes diante da hipótese de eventual excussão do terreno e das acessões por possíveis credores da incorporadora. A considerar que os adquirentes podem iniciar o pagamento do preço desde a assinatura do contrato e, portanto, antes mesmo do início da execução da obra, é possível imaginar o receio de pagamento e não recebimento do imóvel prometido.

Analisemos, primeiramente, os riscos envolvendo o atraso das obras. Tal como já aludido nesse trabalho, na incorporação imobiliária, firmado o contrato de compromisso de compra e venda, a obra projeta-se para o futuro. Assim, registrado o memorial de incorporação e autorizada a comercialização das unidades, o incorporador aguarda a formação de um número mínimo de adquirentes e, seguro dos recursos necessários para iniciar a obra, deixa transcorrer o prazo de carência que, caso previsto no memorial, lhe permitiria desistir do empreendimento (art. 34, da Lei 4.591/1964).

Tendo se obrigado perante a coletividade de adquirentes, o incorporador deve respeitar o prazo conferido no contrato para a entrega da obra. A Lei 4.591/1964 não estabelece prazo máximo para a fixação de prazo para entrega da edificação e, sendo o incorporador cauteloso, poderia estimar a conclusão da obra em prazo superior àquele efetivamente necessário. Tratar-se-ia de medida que protegeria o incorporador de eventuais fatos previsíveis (ou não) que poderiam levar a um atraso de obra (excesso de chuvas, dificuldades climáticas em geral, falta de mão de obra, insuficiência de materiais de construção, dentre outros). Contudo, a prática demonstra que as incorporadoras normalmente estimam suas obras para construção de edifícios residências e comerciais em até trinta e seis meses, no máximo.

Ocorre que ao longo dos anos, verificou-se muito corriqueiramente que as obras eram entregues com frequente atraso, aumentando a litigiosidade entre incorporadores e

adquirentes. Como forma de proteção contratual, tornou-se praxe do mercado que incorporadores inserissem cláusula admitindo que a obra seja entregue em até cento e oitenta dias da data estabelecida para a sua conclusão, sem que houvesse mora por parte da empresa: a conhecida cláusula de tolerância, já mencionada nesse trabalho anteriormente, cuja licitude e validade foi acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se voto de relatoria do Min. Vilas Bôas Cueva⁸²⁴.

Após o reconhecimento pela jurisprudência da licitude da cláusula de tolerância, o legislador resolveu expressamente admitir a referida cláusula, na Lei 4.591/1964. Com as alterações trazidas pela Lei 13.786/2018, incluiu-se previsão expressa (art. 43-A, *caput*) para, de uma vez por todas, admitir a entrega da obra com atraso de até cento e oitenta dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada no contrato.

A alteração legislativa foi objeto de crítica por parte da doutrina, com destaque para Otavio Luiz Rodrigues Junior⁸²⁵, que afirmou que “institucionalizou-se a mora de 180 dias dos incorporadores na entrega dos imóveis, retirando-se qualquer efeito jurídico desse retardo. A lei criou uma espécie de ‘mora à brasileira’, uma mora com termo de graça preestabelecido em favor da parte mais forte”.

A crítica advém, também, pelo fato de que é conferido ao adquirente a purgação da mora em prazo muito reduzido, nos termos do Decreto-Lei 745/1969 (quinze dias a contar do recebimento da interpelação art. 1º) e, havendo cláusula resolutiva expressa, caberá a

⁸²⁴ “[...] Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos [...] A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC)”. REsp 1582318/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017.

⁸²⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. *Conjur*. Publicado em 02/01/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em: 21 set. 2021.

resolução extrajudicial do contrato de forma bastante célere. Por outro lado, o incorporador tem a seu favor a faculdade de entregar a obra com atraso de 180 dias. Há, para alguns, um desequilíbrio das prestações. Reconhecemos que as obras de engenharia estão sujeitas a diversos riscos operacionais e, portanto, razoável que o incorporador tenha a seu favor uma extensão do prazo para a entrega da obra. Contudo, entendemos que a melhor opção legislativa seria obrigar o incorporador demonstrar os fatos que comprovadamente atrasaram a obra e que estavam alheios à esfera da administração da empresa. Nessa hipótese, o período de graça conferido na cláusula de tolerância poderia produzir os seus efeitos.

Pois bem. Como se nota, a resolução do contrato por culpa do incorporador somente caberá, regra geral, após o transcurso do prazo da cláusula de tolerância. Nessa hipótese, caso a opção do adquirente pela manutenção do contrato (e não resolução), fica o incorporador sujeito ao pagamento de indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso (art. 43-A, § 2º⁸²⁶).

A indenização que é paga pelo incorporador após o transcurso do prazo de tolerância também é questão controversa em razão de não estar fixada em percentual sobre o valor do contrato, mas, sim, pelo que efetivamente é pago pelo adquirente. Assim, caso a opção do adquirente seja pela manutenção do contrato e a depender dos valores pagos, a indenização devida pelo incorporador poderá ser fixada em valores irrisórios⁸²⁷.

Questão controversa, contudo, é saber na hipótese de comprovada impossibilidade temporária ao cumprimento da obrigação do incorporador (proibição da atividade da construção civil em tempos de pandemia, por exemplo), resultando em atraso superior aos aludidos 180 dias, haveria mora do incorporador, admitindo-se o pagamento de cláusula penal moratória ou mesmo resolução.

⁸²⁶ Em nossa opinião, não caberá ao adquirente propor ação indenizatória para cobrar prejuízo que eventualmente supera o limite estabelecido pela multa. Essa hipótese apenas seria possível caso os contratantes estipulassem tal previsão de forma expressa no contrato, nos termos do art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

⁸²⁷ Some-se a isso que o Superior Tribunal de Justiça firmou tese (Tema Repetitivo nº 970) que “a cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes” e, portanto é possível admitir cumulação da indenização referida no artigo 43-A, § 2º, com eventual outra multa estipulada no contrato.

O ordenamento brasileiro, ao contrário do português⁸²⁸, não possui uma regra para tratar da impossibilidade temporária da obrigação, o que poderia evitar as consequências da mora⁸²⁹. Na situação específica em que a pandemia *impede* (e não apenas dificulta) ao incorporador prosseguir temporariamente na execução da obra, ao lado de José Fernando Simão já defendemos⁸³⁰ que, se a impossibilidade não for por um longo período,

[...] não há fundamento para que o adquirente possa pleitear a resolução do contrato por atraso de obra quando o cumprimento da obrigação, embora posterior, não frustra o seu interesse (questão de utilidade da prestação de acordo com artigo 396 do CC). Assim, a obra poderá ser entregue para além do prazo previsto no contrato, superando, inclusive, o prazo da cláusula de tolerância, estabelecido no artigo 43-A, da Lei 4.591/1964.

Em resumo, excetuada a situação de impossibilidade temporária, o atraso da conclusão da obra após o transcurso do prazo de tolerância permite ao adquirente (i) resolver o contrato e obter o ressarcimento das quantias que pagou ou (ii) havendo o interesse pela manutenção do contrato, obter indenização. Como se nota, a consequência jurídica para o risco de atraso de obra está devidamente regulamentada pela Lei 4.591/1964, após as alterações advindas pela Lei 13.786/2018.

Resta ainda a análise do risco decorrente de interrupção das obras ou excussão do terreno e das acessões por possíveis credores da incorporadora. Para tanto, importante relembrar que na década de 1990, milhares de brasileiros adquirentes de imóveis da incorporadora Encol foram vítimas da falência da empresa e, diante de o terreno e acessões das incorporações estarem garantidos para o pagamento de outros credores com garantia real, poucos foram as pessoas que conseguiram obter o reembolso dos valores. Embora alguns adquirentes tenham conseguido se unir para concluir as edificações, a grande maioria

⁸²⁸ Código Civil português. Art. 792º 1. Se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. 2. A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor.

⁸²⁹ Embora ausente previsão legal sobre a consequência jurídica da impossibilidade temporária da obrigação, o Código Civil possui disposição específica no contrato de empreitada que permite ao empreiteiro suspender a obra em casos de força maior (art. 625, inciso I).

⁸³⁰ GOMIDE, Alexandre Junqueira; SIMÃO, José Fernando. Incorporação imobiliária: resolução/revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 09/06/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/ODEC29988048F8_edilicias.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

dos brasileiros amargou grande prejuízo financeiro. Estima-se que cerca de quarenta e dois mil brasileiros não foram reembolsados dos valores pagos⁸³¹.

De forma a evitar situações como a da empresa Encol, desde a década de 1960, Caio Mário da Silva Pereira⁸³² já defendia a criação de um órgão específico de fiscalização da construção. A ideia do autor era um *conselho fiscal* que acompanharia e fiscalizaria as obras, as contas, o cumprimento do cronograma, etc. Ao longo do trâmite legislativo, a ideia foi aceita, mas o conselho fiscal foi convertido em *comissão de representantes*, eleita em assembleia e constituída pelos próprios adquirentes.

Promulgada a Lei, determinou-se que a comissão de representantes tem por objetivo inicial fiscalizar o andamento da obra e a obediência ao projeto (artigo 55, § 3º, da Lei 4.591/1964). Os poderes são mais amplos quando a construção do empreendimento é realizada por administração. Nessa hipótese e nos termos do artigo 61 a comissão tem poderes para examinar balancetes, fiscalizar concorrências e a arrecadação, dentre outras atribuições, inclusive para adotar ações com relação à inadimplência de demais adquirentes.

Mas não havendo uma efetiva segregação do terreno e das acessões, além de a prática ter demonstrado que poucas incorporações eram acompanhadas pelos adquirentes ou pelas comissões, o trabalho de fiscalização se mostrou pouco produtor nas últimas décadas. Tal como referido por Nascimento Franco e Niske Gondo⁸³³ nos anos 1970, “a comissão acaba se transformando em órgão sancionador de tudo quanto o incorporador deseja”, pelo fato de que “os seus membros são habitualmente indicados pelo próprio incorporador”.

Em razão disso e como forma de reduzir os riscos decorrentes da insolvência do incorporador é que a Lei 4.591/1964, alterada pela Lei 10.931/2004, instituiu o patrimônio de afetação. Assim, nos termos do artigo 31-A, caso a incorporação seja submetida ao patrimônio de afetação, “o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do

⁸³¹ A respeito do caso da Encol, vide CÂMARA, Hamilton Quirino. Paralisação de obras pelo incorporador imobiliário e sua retomada pelos adquirentes. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 13/02/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/319868/paralisacao-de-obras-pelo-incorporador-imobiliario-e-sua-retomada-pelos-adquirentes>. Acesso em: 25 set. 2021. Vide, ainda, CÂMARA, Hamilton Quirino. *Falência do incorporador imobiliário, o caso Encol*. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

⁸³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 310.

⁸³³ FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. *Incorporações imobiliárias*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1972. p. 158.

incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”.

Assim, segundo Melhim Chalhub⁸³⁴, “o patrimônio de afetação visa proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora, visando a que seus eventuais insucessos em outros negócios não interfiram na estabilidade econômico-financeira da incorporação afetada”⁸³⁵.

Uma vez instituído o patrimônio de afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas, em que os valores pagos pelos adquirentes ficam afetados à consecução da obra. Há uma contabilidade própria, separada daquela da incorporadora. Da mesma forma, o terreno e acessões também ficam, em certa medida, ‘blindados’ de serem executados por dívidas alheias à incorporação. Assim, havendo a falência da incorporadora, os créditos vinculados à incorporação não estarão sujeitos à habilitação no juízo falimentar e a administração passa a ser conduzida pela comissão de representantes, embora haja discussão para saber se em caso de recuperação judicial, haveria a transferência dos patrimônios de afetação para a comissão de representantes⁸³⁶.

⁸³⁴ CHALHUB, Melhim. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85. A propósito do tema, veja, também, AMARAL FILHO, Vicente José. Proteção do adquirente no patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 433-445.

⁸³⁵ Segundo Arnaldo Rizzardo “[...] o patrimônio colocado sob afetação fica incomunicável, o que representa uma característica essencial. Não é autorizado ao titular dos bens a sua alienação ou destinação para diferentes fins. [...] O incorporador adquire o terreno em seu nome, que passa a lhe pertencer, e a somar-se com os demais bens existentes. Todavia, dirige esse terreno para exploração econômica de uma atividade, que é a incorporação. Esse terreno fica reservado para a consecução da incorporação, tornando-se indisponível e incomunicável enquanto não se derem a conclusão das obras e a entrega das unidades aos adquirentes”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012).

⁸³⁶ Segundo Melhim Chalhub, a recuperação judicial “[...] não comporta nem justifica a transferência da administração dos patrimônios de afetação para a comissão de representantes dos adquirentes por se tratar de procedimento que se caracteriza pela continuação da atividade recuperanda, sob administração dos seus próprios diretores e fiscalização do administrador judicial [...] assim, estando uma incorporação submetida ao regime legal da incomunicabilidade, os créditos oriundos dos contratos de alienação das unidades imobiliárias que a compõem, vinculados à realização do objeto da afetação, e as obrigações a eles correspondentes, não integram o plano de recuperação judicial”. (CHALHUB, Melhim. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85). Nesse sentido: “Agravado de instrumento. Recuperação judicial. Plano aprovado. Inexistência de irregularidade a reconhecer. Ausência de violação à paridade de tratamento dos credores. Opções para o pagamento a que qualquer credor pode livremente aderir, sequer alvitada ilícita cooptação, com isso, para votação em assembleia. Taxa de juros que se explicita conforme índice expressamente identificado. Patrimônios de afetação claramente excluídos do feito recuperatório. Cláusula a respeito indicada que, em caso de inadimplemento, não é impeditiva de falência senão mediante prévia assembleia. Decisão mantida. Recurso desprovido”. (TJSP; Agravo de Instrumento 2023264-85.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 10/09/2018; Data de Registro: 14/09/2018).

A partir da alteração legislativa, a comissão de representantes passa a ter papel mais decisivo na incorporação imobiliária. Estabeleceu-se, por exemplo, que a comissão receberá, da incorporadora, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integram o patrimônio de afetação recebidos no período (art. 31-D, IV). Assim, a comissão de representantes torna-se um efetivo órgão de fiscalização da obra e, havendo decretação de falência ou insolvência civil do incorporador, fica investida para deliberar a respeito da liquidação do patrimônio de afetação ou para prosseguir na obra, com a destituição do incorporador (art. 31-F, § 1º).

Também é relevante dizer que embora o patrimônio de afetação resulte na segregação e proteção patrimonial, a Lei 4.591/1964 admite que os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação sejam “objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação” (art. 31-A, § 3º). A princípio, portanto, haveria uma redução à proteção conferida pelo patrimônio de afetação, ou seja, a hipótese de o terreno ter sido conferido em garantia real para instituição financeira desde que, evidentemente, o crédito obtido seja utilizado para a construção da obra. Todavia, tal redução não traz grandes riscos ao adquirente. Isso porque a Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça, determina que “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Em síntese conclusiva, podemos afirmar que o legislador, reconhecendo a vulnerabilidade e os riscos do adquirente a respeito do atraso e interrupção das obras, bem como de possível insolvência do incorporador, estabeleceu instrumentos jurídicos que, embora não possam eliminar os citados riscos, ao menos trazem maior proteção contratual. Assim, havendo atraso de obra, a consequência jurídica da Lei 4.591/1964 é bastante clara, seja para a resolução, seja para manutenção o contrato com direito à indenização. Por outro lado, o patrimônio de afetação certamente confere uma relevante proteção para o caso de paralisação das obras, além de uma maior blindagem contra excussão do terreno e acessões por terceiros.

3.4.2 Os riscos decorrentes da resolução culposa por fato atribuível ao adquirente

Na incorporação imobiliária, embora seja fato bastante incomum, nada obsta que alguém, no estande de vendas, pague à vista a aquisição da sua unidade autônoma antes mesmo da concepção do empreendimento. Para a hipótese em que o adquirente não disponha da totalidade do preço para quitação, poderá se obrigar a parcelar o preço devido, pagando parte dos valores ao incorporador ao longo da construção e o restante quando da entrega das chaves (com recursos próprios ou mediante obtenção de financiamento)⁸³⁷.

Quando o adquirente promete ao incorporador que terá recursos (próprios ou mediante financiamento) para o pagamento da totalidade do débito, acaba se obrigando, *no futuro*, que terá capacidade para o adimplemento de sua obrigação. É nesse sentido que as pessoas, quando da assinatura do contrato, fazem simulações financeiras no estande de vendas, para verificarem se dispõem (ou não) de renda suficiente para o financiamento habitacional. Em tais simulações, o comprador verifica se, em razão de sua renda, terá condições para obter o crédito perante as instituições financeiras quando a obra for entregue.

Ocorre que as edificações oriundas de incorporação imobiliária, após o encerramento das vendas, são construída em meses e/ou anos. Durante esse período, a vida pessoal de quem se compromete a comprar um imóvel pode sofrer drástica mudança. Ao longo deste trabalho, já sustentamos que as questões subjetivas do devedor não implicam em fato que permita a revisão ou resolução por onerosidade excessiva.

Assim, sendo um contrato de execução diferida, o adquirente obriga-se com relação às prestações a vencer nos próximos anos, ou seja, o risco não é apenas observado quando da assinatura do contrato, mas, sim, projetado para o futuro. A propósito do tema, ressaltou Catarina Monteiro Pires⁸³⁸

[...] cabe recordar que celebrar um contrato em determinada duração equivale a determinar, no presente, a regulação de efeitos que se projetarão no futuro e, por ser assim, implica assumir que o futuro pode concretizar uma realidade que o contrato não previu (nem muitas vezes, tinha de

⁸³⁷ Segundo Melhim Chalhub, na incorporação imobiliária, normalmente o adquirente paga diretamente ao incorporador entre 20% a 30% ao longo da construção, comprometendo-se a pagar os 80% ou 70% na entrega das chaves. (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 375).

⁸³⁸ PIRES, Catarina Monteiro. *Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 95.

prever). Quer isto dizer que contratar por tempo prolongado pode, naturalmente, fazer nascer riscos para as partes, gerando incerteza sobre a verificação de eventuais desvantagens na esfera das partes. Mais: certos contratos prolongados implicam, sempre, em maior ou menor medida, que se aceite esta incerteza como ponto de partida. Depois, durante o tempo de duração do contrato, poderão registrar-se várias vicissitudes ou desequilíbrios e, ao longo dessa 'linha do tempo', os riscos vão oscilando e sofrendo alterações. Não parece, por isso, correto, na falta de outros elementos contratuais, quando estão em causa desequilíbrios entre prestação e contraprestação (perturbações da 'equivalência'), comparar o momento da celebração do contrato com o momento presente, estendido enquanto data limitada, porque essa comparação deixa de fora todo o restante tempo de execução o contrato, nomeadamente o tempo da execução que ainda será materializada”.

Nesse sentido, é risco próprio do adquirente caso a sua situação financeira tenha sofrido abalos, resultando em dificuldade para obter o financiamento prometido, sujeitando-o, em caso de inadimplência, às consequências da resolução culposa, com a retenção dos valores pagos nos termos do artigo 67-A, da Lei 4.591/1964, tal como já verificado anteriormente.

Assim, embora o adquirente tenha parcialmente adimplido parte do pagamento do preço, fica sujeito ao risco de, em razão de sua própria culpa, perder parte dos valores pagos (cláusula penal) em decorrência do descumprimento de suas obrigações. Novamente reiteramos nosso entendimento que questões subjetivas do devedor (ainda que resultantes de uma pandemia), a rigor, não afastam as consequências da resolução culposa⁸³⁹.

É importante ressaltar que a recém sancionada Lei 14.181/2021 trouxe substancial proteção aos consumidores para aperfeiçoar a disciplina do crédito, além de dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Nos termos da nova lei, foi incluído o art. 54-B para determinar que na concessão de crédito (incluindo-se, portanto, contrato de financiamento habitacional) o fornecedor deverá, prévia e adequadamente, prestar as principais informações sobre as condições do contrato. Também competirá ao fornecedor do

⁸³⁹ Rodrigo Xavier Leonardo, a seu turno, entende que na hipótese de o adquirente não obter o financiamento prometido, haverá ineficácia do contrato de compra e venda, o que resultaria no desfazimento de toda a operação. Vide mais em: Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 201-206.

crédito “avaliar, de forma responsável, as condições de crédito ao consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito” (art. 54-D), sob pena de revisão das condições estabelecidas no contrato (art. 54-D, parágrafo único)⁸⁴⁰.

Nesse sentido, a considerar que normalmente é o incorporador quem faz uma primeira análise a respeito da condição financeira do adquirente, sendo comprovado que o comprador não tinha condições de prometer obter financiamento (embora o incorporador tenha dito o contrário), na hipótese de o financiamento realmente não ser conferido, a resolução do contrato de compra e venda deverá imputar culpa ao empresário, reembolsando todo e qualquer eventual valor pago pelo adquirente.

Por outro lado, sendo aprovado o financiamento e caso o adquirente tenha quitado integralmente o preço do imóvel ao incorporador por meio de tal crédito, na hipótese de perda da capacidade para quitação das parcelas, fica sujeito às consequências do inadimplemento do contrato de mútuo. Esse tipo de operação de crédito é comumente garantido pela alienação fiduciária da própria unidade e, nesse sentido, a inadimplência do pagamento incorrerá na execução extrajudicial da garantia, nos termos dos artigos 26 e 27, da Lei 9.514/1997. Nessa situação, sendo o imóvel arrematado pelo valor da dívida e não sobejando qualquer valor, o adquirente (devedor-fiduciante) também fica exposto ao risco de não ser reembolsado dos valores parcialmente adimplidos, embora considerar-se-á extinta a dívida (art. 27, § 5º, da Lei 9.514/1997).

A questão envolvendo as consequências da execução da alienação fiduciária e os valores pagos pelo adquirente é bastante controversa. A considerar que o artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a nulidade da cláusula que determina a perda

⁸⁴⁰ Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II - avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;

III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.

Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

total das prestações em benefício do credor, há quem defenda que a execução da garantia, nos termos da Lei 9.514/1997, fere a Lei 8.078/1990. Isso porque, a depender do resultado dos leilões, o devedor fiduciante pode receber muito pouco (em caso de sobejar valores da arrematação) ou mesmo não ter valores de reembolso caso a arrematação ocorra no valor da dívida (segundo leilão) ou se, na ausência de arrematantes, haja apropriação da coisa pelo credor fiduciário. Em qualquer das hipóteses citadas acima, haverá quitação em favor do adquirente (art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997).

Também se questiona se é possível ao adquirente, em razão de dificuldades financeiras, pleitear a resolução do contrato de compra e venda, após ter oferecido a unidade em garantia para a alienação fiduciária. Não havendo mais possibilidade no cumprimento das parcelas devidas, seria possível resolver o contrato de compra e venda?

A decisão inaugural da matéria no Superior Tribunal de Justiça foi proferida em dezembro de 2007 pelo Min. Hélio Quaglia Barbosa, que entendeu pela prevalência da Lei 9.514/1997 ao disposto no artigo 53, do Código de Defesa do consumidor⁸⁴¹, entendimento que mais recentemente foi reiterado na referida Corte⁸⁴². Contudo, ainda que esse seja o posicionamento do STJ há quase 15 anos, os Tribunais estaduais, não raras vezes, decidem de forma contrária⁸⁴³.

⁸⁴¹ Nos termos do julgado que “[...] a solução da controvérsia, seja ela buscada no âmbito do conflito de normas, seja pela ótica da inexistência de conflitos entre os dispositivos normativos em questão, leva à prevalência da norma específica de regência da alienação fiduciária de bens imóveis, concluindo-se, por conseguinte, pelo descabimento da pretensão de restituição das prestações adimplidas, por força dos §§4º, 5º e 6º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97”. (STJ, 4ª Turma, AgRg no Agravo de Instrumento nº 932750-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 10 de dezembro de 2007).

⁸⁴² “A Lei n. 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor – CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial. 3. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 1.822.750-SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 20/11/2019). “Recurso Especial. Direito civil e processual civil. Compra e venda de imóvel. Alienação fiduciária de bem imóvel. Pedido de resolução. Desistência da compra e venda. Restituição dos valores pagos. Prevalência das regras contidas no artigo 27, §§ 4.º, 5.º e 6.º da Lei n. 9.514/97 em detrimento da regra do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Recurso especial provido.” (STJ, 1773047-SP, rel. Ministro Paulo de Sanseverino, *DJe* 22/05/2020).

⁸⁴³ A esse exemplo: “Apelação – Compra e venda com alienação fiduciária em garantia rescisão contratual motivada pelo desinteresse do adquirente parcial procedência – Inconformismo da ré Acolhimento em parte. Deve ser afastada a tese das rés de impossibilidade da rescisão do contrato, com base na submissão a regime jurídico específico da Lei 9.514/97 – Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, ainda que adquirido o imóvel com cláusula de alienação fiduciária – Propriedade não consolidada em nome da vendedora e credora fiduciária. Possibilidade de o adquirente pleitear a rescisão do contrato com restituição das quantias pagas – Súmulas n. 543 do STJ e n. 1 do TJSP – Restituição das partes ao estado anterior – Devolução dos valores pagos, com retenção – Sentença que determina a devolução de 90% dos valores pagos – Acolhida em parte a pretensão da ré para majorar o percentual de retenção – Caso concreto que demonstra ser razoável a retenção de 20% dos valores pagos a título de indenização pelas despesas geradas, segundo entendimento do STJ e precedentes desta C. Câmara. Deram provimento parcial ao recurso.” (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado,

Melhim Chalhub e Umberto Bresolin advertem que, embora a *promessa de venda e compra* até possa admitir a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador, ressaltam a dificuldade de essa mesma tese ser aplicada aos *contratos e compra e venda de imóveis com pacto adjeto de alienação fiduciária* em razão do exaurimento da prestação da compra e venda⁸⁴⁴

[...] na ocasião em que manifestada pelo fiduciante a pretensão de resolução do negócio, a única obrigação pendente de adimplemento é a de restituição do crédito tomado ao fiduciário, isto é, de pagamento do financiamento, por meio de entrega de quantia pecuniária, líquida e certa. Tal obrigação de pagamento, porque garantida, não pode ser afastada por dificuldade ou impossibilidade de pagamento superveniente do devedor: ou bem o devedor quita o mútuo, ou o credor executa o crédito e excute a garantia. Em hipótese alguma haverá a resolução da venda e compra e nem a restituição de parte do preço pago.

Apelação n. 1007132-43.2016.8.26.0451, rel. Des. Alexandre Coelho, *DJe* 13/03/2019). O mesmo tribunal, por outro lado, possui entendimento contrário: “Alienação fiduciária. Bem imóvel. Ação de rescisão contratual cumulada com ressarcimento de valores. Sentença de parcial procedência. Apelo da ré. Contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia. Rescisão por desistência da compradora. Impossibilidade. Contrato não submetido às regras do CDC, por ser a compradora empresa de investimentos. Necessidade de observância das regras contidas na Lei 9.514/97, que permite ao credor fiduciário executar a garantia. Eventual saldo a ser devolvido à compradora que será apurado no momento da execução da garantia. Precedentes deste E. TJSP. Sentença reformada. Ação improcedente. Ônus da sucumbência pela autora. Apelo provido. (TJSP; Apelação Cível 1046669-53.2017.8.26.0114; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2017; Data de Registro: 13/08/2020)”.

⁸⁴⁴ Nas palavras dos autores: “[...] o enquadramento do ato como inadimplemento antecipado, extremado-o das figuras do simples risco de inadimplemento e da mera desistência, reclama o deslinde de questões de direito e de fato, o que exige cognição incompatível com o regime da alienação fiduciária contratada em garantia do pagamento de um crédito [...] por mais que o fiduciante anuncie antecipadamente que não efetuará os pagamentos, e ainda que, em tese, esse anúncio possa proporcionar o vencimento antes do termo, difícil conceber que isso por si só atribua ao fiduciário o direito de – ou, pior, imponha ao fiduciário o ônus de – iniciar os trâmites para o recebimento de seu crédito pela excussão da garantia. É razoável supor que o fiduciário, na prática, aguardará o prazo de carência previsto em contrato e, só depois de seu decurso, e desde que persista efetiva falta de pagamento, é que promoverá a intimação do devedor para constituí-lo em mora (art. 26 §§ 1º e 2º). Nesse interim, ou bem o fiduciante adimplirá normalmente a prestação; ou, se deixar de fazê-lo e por isso vier a ser intimado, poderá purgar a mora por meio do pagamento das parcelas vencidas até então, acrescidas dos consectários moratórios (art. 26 § 1º) e fazer convalescer o contrato (art. 26 § 5º) [...] Portanto, o que desencadeará o procedimento de excussão da garantia, nos termos dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97 será, invariavelmente, o efetivo inadimplemento da prestação, e não a manifestação antecipada da intenção de não pagar”. (CHALHUB, Melhim Namem; BRESOLIN, Umberto Bara. A resolução por inadimplemento antecipado do preço e o contrato de venda e compra de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 25/02/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/340777/inadimplemento-antecipado-e-o-contrato-de-venda-e-compra-de-imovel>. Acesso em: 09 ago. 2021).

Com razão os autores. Ainda que se entenda possível a resolução da promessa de venda e compra por iniciativa do adquirente, não há cabimento para que se resolva o contrato de compra e venda definitivo garantido por alienação fiduciária, porque a prestação da compra e da venda já foi exaurida, mantendo-se hígido apenas o contrato de mútuo⁸⁴⁵. Dada a controvérsia dos tribunais, o STJ decidiu que irá julgar a controvérsia, sob o rito dos recursos repetitivos (tema 1.095, ainda pendente de julgamento)⁸⁴⁶.

Em nossa opinião, não existe qualquer ilicitude na execução da garantia da alienação fiduciária de bem imóvel por alienação fiduciária, muito menos qualquer incompatibilidade do disposto no artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor, com a Lei 9.514/1997. Em primeiro lugar, importante ressaltar que, até o presente, inexistente qualquer decisão judicial que afaste os efeitos da Lei 9.514/1997, mesmo nas relações de consumo. Além disso, recentemente, a Lei 4.591/1964, alterada pela Lei 13.786/2018, incluiu o artigo 67-A, § 14, para reforçar que a restituição de valores em procedimento de leilão extrajudicial deve ser realizada de acordo com os critérios da lei especial:

§ 14. Nas hipóteses de leilão de imóvel objeto de contrato de compra e venda com pagamento parcelado, com ou sem garantia real, de promessa de compra e venda ou de cessão e de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, realizado o leilão no contexto de execução judicial ou de procedimento extrajudicial de execução ou de resolução, a restituição far-se-á de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva lei especial ou com as normas aplicáveis à execução em geral.

⁸⁴⁵ Em outra ocasião, Melhim Chalhub, de forma didática, demonstra a impossibilidade de resolução de contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária: “Com efeito, a promessa de compra e venda, por ser contrato preliminar, é contratada no curso da construção e encerra seu ciclo quando concluída a obra. Extingue-se por efeito da execução voluntária do contrato, mediante adimplemento da obrigação de pagamento do preço da promessa, pelo promitente comprador, e entrega do imóvel, pelo empreendedor. Em seguida, celebra-se o contrato definitivo de compra e venda, e o ato dessa celebração, por si só, elimina todo e qualquer vínculo obrigacional correspondente à obrigação de transmitir a propriedade e de pagar o preço”. (CHALHUB, Melhim. A execução do crédito como garantia fiduciária e a relação de consumo. *Migalhas. Coluna Migalhas Edilícias*. Publicado em 08/07/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330383/a-execucao-do-credito-com-garantia-fiduciaria-e-a-relacao-de-consumo> Acesso em: 17 ago. 2020). O mesmo autor ainda tratou da questão em CHALHUB, Melhim Namem. A alienação fiduciária de bens imóveis sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário*: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015. p. 523-544.

⁸⁴⁶ Nos termos das informações constantes do STJ, a questão submetida a julgamento é a “definição da tese alusiva à prevalência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia”. Vide mais em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1095&cod_tema_final=1095. Acesso em: 09 ago. 2021.

Assim, havendo resolução da *promessa* de venda de imóveis integrantes da incorporação imobiliária, a extinção contratual por culpa do adquirente importa a restituição dos valores nos termos fixados nos § 1º a 9º da Lei 4.591/1964. Contudo, em caso de *execução fiduciária* relativa à venda de imóvel a crédito, haverá aplicação da legislação pertinente, qual seja, os artigos 26 e 27 da Lei 9.514/1997.

Até porque, na hipótese de operação de crédito destinada à compra de imóvel, não há interdependência de prestações, pois o credor fiduciário já adimpliu integralmente a sua prestação, fornecendo o crédito respectivo contra a entrega do imóvel. Assim, quando o crédito é concedido por instituição financeira em favor da incorporadora, deve-se reconhecer que o adquirente adimpliu integralmente suas obrigações perante o incorporador, porque o valor estabelecido no contrato foi pago. Na realidade, nessa situação, as obrigações contratuais já foram cumpridas por ambos os contratantes: o adquirente paga os valores prometidos ao incorporador que, por sua vez, entrega a unidade autônoma. Como se nota, portanto, a compra e venda, nessa situação, foi extinta em razão do adimplemento contratual.

Embora a compra e venda já tenha sido adimplida e o contrato extinto, ainda vige o contrato de crédito, garantido pela alienação fiduciária. Nessa esteira, o então adquirente (agora devedor-fiduciante) deverá realizar o pagamento das parcelas perante a instituição financeira. Eventual inadimplemento de tal obrigação não pode ser reputado como descumprimento da promessa de compra e venda, cujo adimplemento já ocorreu. Nesse sentido, inadimplido o contrato de crédito garantido pela alienação fiduciária, a execução extrajudicial ocorre nos termos da Lei 9.514/1997, em especial o artigo 27.

Assim, entendemos que não há qualquer colisão da Lei 9.514/1997, com o artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor, segundo Nelson Nery Júnior⁸⁴⁷ “proíbe, *ipso facto*, o pacto comissório que faculte ao fornecedor ficar com o bem no caso de inadimplemento do consumidor”, nos mesmos moldes do art. 1.364, do Código Civil⁸⁴⁸. Seguindo essa linha e ao comentar o dispositivo, Francisco Loureiro⁸⁴⁹ bem observa que no regime da propriedade fiduciária

⁸⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 628.

⁸⁴⁸ Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.

⁸⁴⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Antônio Cezar (org). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Manole, 2019. p. 1392-1393.

O devedor tem direito à restituição da diferença entre o valor da coisa e o saldo devedor da obrigação garantida, mas não à devolução das parcelas pagas. A coisa não ficará com o credor, que apenas satisfará seu crédito, pois a venda tem natureza de excussão. O art. 53, do CDC, portanto, ao se referir à vedação da cláusula que estabeleça a perda total da totalidade das prestações pagas na venda a crédito, inclusive nas alienações fiduciárias, deve ser lido como vedação a que o devedor, por cláusula contratual, renuncia ao direito de receber eventual saldo apurado quando da venda da coisa garantida a terceiros [...]

No mesmo sentido, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe⁸⁵⁰ asseveram que

[...] na alienação fiduciária é prestada garantia real, tendo como causa a dívida decorrente de mútuo financeiro auferido pelo mutuário, para capital de giro, ou o mais comum, que é a aquisição à vista do imóvel, então convertido em propriedade fiduciária do credor mutuante, razão que afasta a possibilidade e ‘restituição das parcelas quitadas’ referentes ao mútuo em aberto [...] a solução resolutória deve amoldar-se à Lei 9.514/1997 e não ao fundamento dos artigos 51 e 53; e a forma de eventual restituição parcial de valor deve orientar-se pelo modo previsto no § 4º do art. 27 da mesma Lei 9.514/1997, e não pelo modo genérico do art. 53 do CDC, evitando-se, todavia, o enriquecimento sem causa do credor.

Diante de tais argumentos e em razão da prevalência da Lei 9.514/1997 perante o art. 53, do Código de Defesa do Consumidor, não há qualquer ilicitude na forma da excussão extrajudicial determinada nos artigos 27, da referida Lei, ainda que o resultado dos leilões resulte na ausência de valores a serem restituídos ao devedor fiduciante. Até porque, como bem referido por Melhim Chalhuh⁸⁵¹, “os contratos de promessa de venda e de alienação

⁸⁵⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 159-160. No mesmo sentido, Ivandro Ristum Trevelim declara inexistir conflito entre o artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor, com a estrutura legal criada pelo artigo 27, da Lei 9.514/1997. Conferir mais em TREVELIM, Ivandro Ristum. A alienação fiduciária de bem imóvel e o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 462-479. Vide, ainda, OLIVEIRA, Gleydson. *Alienação fiduciária em garantia e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/gleydson-oliveira-alienacao-fiduciaria-codigo-defesa-consumidor>. Acesso em 11 de dezembro de 2021.

⁸⁵¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 360.

fiduciária são inconfundíveis, integram diferentes categorias e são dotados de regimes jurídico distintos, que definem suas estruturas e funções próprias⁸⁵²”.

É com base nesse entendimento que, corretamente, ações de resolução do contrato de compra e venda, cuja aquisição foi realizada mediante financiamento garantido por alienação fiduciária muitas vezes são extintas sem julgamento do mérito, dada a falta de interesse processual da pretensão do devedor fiduciante resolver referido contrato⁸⁵³.

A despeito das particularidades e distinções do contrato de promessa compra e venda e da alienação fiduciária, nessa operação, tal como já referido anteriormente, haverá coligação contratual, porque há inequívoco vínculo das relações contratuais. Segundo Rodrigo Xavier Leonardo⁸⁵⁴, a coligação contratual retrata “[...] situações em que duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas, ligadas, promovendo alguma eficácia paracontratual, ou seja, alguma eficácia ao lado daquela que se desenvolve internamente ao contrato”. Como bem referido pelo autor, há uma *causa sistêmica* entre os contratos coligados. É justamente isso o que ocorre na alienação fiduciária, porque referido contrato somente é firmado *em decorrência* do contrato de compra e venda.

⁸⁵² Segundo Melhim Chalhoub, “[...] a promessa de venda integra a categoria dos contratos de transmissão da propriedade” [...] já a alienação fiduciária pertence à categoria dos direitos reais de garantia [...] a promessa de compra e venda é dotada de autonomia, nasce, desenvolve-se e se extingue independentemente de qualquer outro contrato. Também nesse aspecto distingue-se a alienação fiduciária, que é contrato acessório, celebrado em pacto adjeto a outro contrato, no qual se constitui a obrigação a ser garantida pela propriedade fiduciária [...] a promessa vincula o imóvel à pessoa do promitente comprador [...] enquanto a alienação fiduciária vincula o imóvel ao cumprimento da obrigação [...]”. (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 377-378).

⁸⁵³ Nesse sentido: COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. Rescisão contratual em razão da desistência dos compromissários compradores. Sentença de improcedência. Apelo dos autores. Relação jurídica firmada entre as partes que é regida pela Lei n. 9.514/97, adequando-se o julgado neste ponto ao quanto decidido neste processo, em definitivo, pelo C. STJ no REsp nº 1.846.442/SP. Procedimento especial da Lei 9.514/97. Inaplicabilidade do art. 53 do CDC. Mera expectativa de crédito resultante de superveniente leilão extrajudicial. Parte autora que carece de interesse de agir, pela impossibilidade jurídica da rescisão contratual tal como pretendida. Primazia do julgamento de mérito. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1045918-38.2017.8.26.0576; Relator (a): Maria de Lourdes Lopez Gil; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2020; Data de Registro: 28/05/2020)

⁸⁵⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo. Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Lejus, 2013. Em outra oportunidade, o autor asseverou que coligação contratual deve ser compreendida por “[...] uma pluralidade de contratos e de relações jurídicas contratuais estruturalmente distintos, porém, vinculados, ligados, que compõem uma única e mesma operação econômica, com potenciais consequências no plano da validade (mediante a eventual contaminação de invalidades) e no plano da eficácia (em temas como o inadimplemento, o poder de resolução, a oposição da exceção do contrato não cumprido, a abrangência da cláusula penal compromissória, entre outros)”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais*. In: CARVALHOSA, Modesto. Tratado de Direito Empresarial. Tomo: Contratos Mercantis. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 640).

Essa interligação importa em reciprocidade dos efeitos do contrato e, portanto, eventualmente, a resolução de um contrato deverá atingir o outro. Nesse sentido, como bem referido por Melhim Chalhub⁸⁵⁵, caso o incorporador tenha descumprido suas obrigações no contrato de compra e venda, caberá o pedido de resolução do contrato que, conseqüentemente, deverá atingir a alienação fiduciária.

Em caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que o adquirente propôs resolução do contrato de compra e venda por descumprimento das obrigações do loteador (o empreendimento não foi entregue no prazo, ultrapassando, inclusive os 180 dias conferidos na cláusula de tolerância), entendeu-se que “[...] é possível a resolução de contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária na hipótese de inadimplemento do vendedor/credor fiduciário, ainda que a avença tenha sido registrada na matrícula de registro dos imóveis em exame”⁸⁵⁶. Como bem destacado no acórdão, a resolução do contrato de alienação fiduciária somente é possível quando comprovado inadimplemento das prestações do contrato de compra e venda.

Confirmando a coligação entre o contrato principal e o acessório de crédito, recentemente, a já referida Lei 14.181/2021 incluiu o artigo 54-F ao Código de Defesa do Consumidor, reputando coligados quando o fornecedor de crédito “recorrer aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito” (inciso I) e “oferecer o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado” (inciso II). Além disso, estabeleceu o § 4º do dispositivo que “[...] a invalidade ou ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo [...]”⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 391.

⁸⁵⁶ REsp 1739994/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 20/05/2021.

⁸⁵⁷ Art. 54-F. São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento quando o fornecedor de crédito:

I - recorrer aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito;

II - oferecer o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado.

[...]

§ 4º A invalidade ou a ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo, nos termos do caput deste artigo, ressalvado ao fornecedor do crédito o direito de obter do fornecedor do produto ou serviço a devolução dos valores entregues, inclusive relativamente a tributos.

Em síntese: inexistindo descumprimento do incorporador nas prestações da compra e venda, não é possível o pedido de extinção do contrato de alienação fiduciária que segue o rito próprio em caso de descumprimento das obrigações do devedor-fiduciante. Contudo, em caso de inadimplemento das prestações do incorporador na compra e venda, caberá pedido de resolução do contrato que, em razão da coligação contratual, também resultará na extinção da alienação fiduciária.

Convém ressaltar, portanto, que é risco a quem pretende adquirir um imóvel no regime da incorporação imobiliária responsabilizar-se pelas consequências do inadimplemento da promessa de compra e venda firmada com o incorporador ou do contrato de financiamento firmado com a instituição financeira.

CONCLUSÃO

Apesar de sua extraordinária relevância, o risco contratual não foi objeto de análise aprofundada pela doutrina brasileira nos últimos anos. Além disso, a avaliação da alocação do risco construído pelos contratantes nem sempre é realizada de forma criteriosa pelo intérprete. Nesse sentido, ao longo do presente trabalho, procuramos demonstrar a relevância e pertinência do risco e sua importância na solução de problemas concretos, sobretudo na perspectiva da incorporação imobiliária.

Após análise das acepções do termo ‘risco’ e apresentação das distinções entre o perigo e a incerteza, destacamos a polivalência do seu conceito. Ao delimitarmos a análise do tema no direito contratual (afastando a sua apreciação, neste trabalho, no campo da responsabilidade civil), entendemos que o risco contratual pode ser definido como a consequência jurídica a que os contratantes estão sujeitos em razão da verificação de fatos que repercutem na relação contratual. Da apreciação do risco contratual, pudemos chegar a algumas conclusões:

- a) O contrato, na atual orientação doutrinária contemporânea, é um instrumento de gestão de riscos, sendo que a alocação dos riscos construída pelas partes se insere na causa concreta do negócio jurídico. Nesse diapasão, segundo João Baptista Machado⁸⁵⁸, o devedor corre o *risco da prestação*, enquanto o credor corre o *risco da utilização*.
- b) Nas relações civis e empresariais, o risco contratual permite que os contratos possam nascer e permanecer desequilibrados em suas prestações, prestigiando-se o quanto pactuado pelas partes porque, tal como já foi defendido, “a grande verdade é que o equilíbrio do contrato está no desequilíbrio dos interesses”⁸⁵⁹. Nesse sentido, compete ao intérprete presumir (presunção relativa) que a alocação de riscos construída pelas partes foi livremente consentida pelos contratantes, razão pela qual, ainda que as prestações estejam desequilibradas, se

⁸⁵⁸ BAPTISTA MACHADO, João. Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada). *Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. vol. II. Coimbra, 1989. p. 86-87.

⁸⁵⁹ VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Obrigações e contratos*. v. III: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 780.

não houver defeito na manifestação da vontade, o contrato não pode sofrer interferência externa para revisão de seus termos;

- c) A apreciação dos requisitos da lesão não deve ser realizada a partir de uma interpretação ampliativa. Pelo contrário, os requisitos determinados no artigo 157, do Código Civil, devem, necessariamente, ser interpretados levando em consideração o risco livremente assumido pelos contratantes. Nesse sentido, não ocorrerá lesão se uma das partes se obrigou a uma prestação manifestamente desproporcional, caso não tenha havido premente necessidade ou inexperiência.
- d) A hipótese de o declarante ter manifestado sua vontade com erro inescusável não permite a anulação do negócio jurídico, caso o declaratário não tenha percebido o erro. Nessa situação, o risco contratual deve conferir uma releitura para o consentimento viciado por culpa inescusável, obrigando o declarante assumir o risco contratual a que se obrigou. Caso assim não seja entendido e, portanto, prevalecendo o entendimento contrário, autorizando a anulação do negócio jurídico, nascerá ao declaratário a pretensão para ressarcimento pelos danos causados pela anulação do contrato;
- e) O risco próprio do contrato, sinônimo de álea normal, é relevante instrumento para verificação do preenchimento (ou não) dos requisitos que ensejam a revisão contratual. Para que se possa compreender os riscos próprios do contrato, compete ao intérprete verificar a alocação dos riscos definida no contrato. A partir de tal verificação, ainda que ocorram situações ao longo da execução do contrato que possam ser qualificadas como imprevisíveis e que causem desproporção nas prestações, a matriz de risco definida no contrato indicará a necessidade (ou não) de revisão ou resolução do contrato. Nesses termos, o evento em si, embora relevante, imprevisível e causador de onerosidade excessiva, pode não significar a automática revisão do contrato. Na revisão do contrato, a análise do acontecimento em si é secundária, sendo mais relevante a análise das consequências do evento em razão dos riscos próprios definidos no contrato;
- f) Nas relações civis e empresariais, a intervenção judicial na alocação dos riscos próprios do contrato, construído pelas partes, implica em quebra da base que orientou a formação do contrato e, nesse caso, poderá haver benefício à parte que se aproveitou da revisão contratual, o que resulta em alteração do equilíbrio do contrato;

Ao longo do presente trabalho também procuramos demonstrar que o ordenamento civil brasileiro possui diversos instrumentos legais para melhor gestão do risco. Sem prejuízo, os contratantes – em razão da liberdade contratual – também poderão se valer de outros instrumentos convencionais (e não propriamente previstos na legislação) para melhor alocação do risco contratual.

Não convém, em síntese conclusiva, rememorar os mecanismos analisados que permitem aos contratantes (i) adaptarem os efeitos do negócio jurídico; (ii) estabelecerem eventos que autorizam a resolução contratual sem pronunciamento judicial; (iii) imporem o pagamento de multa para a hipótese de descumprimento; (iv) o livre exercício da rescisão unilateral ou estabelecerem formas de reforço para o cumprimento da obrigação; (v) estabelecerem instrumento que estabeleça dever contratual de renegociar em razão de determinados fatos ocorridos ao longo da execução do contrato; (vi) limitarem ou mesmo excluam a responsabilidade civil; (vii) elegerem as regras de interpretação, preenchimento de lacunas e de integração; (viii) conferirem maiores garantias ao cumprimento das obrigações e (ix) submeterem determinado risco a uma proteção predeterminada, mediante o pagamento de um prêmio.

Ao final do trabalho, procuramos explorar alguns dos principais riscos a que os partícipes de uma incorporação imobiliária estão sujeitos, procurando estabelecer a melhor forma de sua gestão. Nesse sentido, também pudemos firmar algumas conclusões:

- a) Em razão da fragilidade (e incongruência) legislativa na matéria envolvendo a fraude à execução e o terceiro adquirente, defendemos a necessidade imediata de alteração legislativa para conferir maior segurança jurídica às transações imobiliárias, melhor definindo quais as ações objetivas que devem ser adotadas pelo adquirente preventivamente na compra de um imóvel, de forma a presumir a sua boa-fé;
- b) O Código Civil permite aos contratantes alocarem o risco de evicção, seja a partir de reforço, abrandamento ou exclusão do dever de indenizar. Além disso, ainda no tocante ao risco de aquisição da titularidade da coisa, defendemos que a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa são relevantes instrumentos para que o empresário possa, após firmar o compromisso de compra e venda, estabelecer quais eventos podem resultar na ineficácia do contrato ou, eventualmente, permitir (a critério de uma das partes ou de ambas) a resolução do vínculo sem o pronunciamento judicial;

- c) O prazo de tolerância conferido no art. 34, da Lei 4.591/1964, é significativo instrumento de gestão do risco ao incorporador imobiliário, porque permite (caso assim previsto no memorial de incorporação) a desistência da incorporação, sobretudo para a hipótese de as vendas não se mostrarem expressivas. Uma vez ultrapassado o prazo de tolerância e caso o incorporador não exercite o direito potestativo conferido no dispositivo, deverá obrigar-se perante a coletividade de adquirentes. O aumento da taxa de esforço para a concepção do empreendimento, representado, exemplificativamente, como a majoração do custo do material de construção, as dificuldades na obtenção de mão de obra e na obtenção das licenças e aprovações é risco próprio do incorporador. Assim, não havendo qualquer fato que ultrapasse a álea normal da atividade ou o risco próprio do contrato, não haverá fundamento para o pleito de revisão contratual ou abrandamento das consequências pela resolução culposa, nos termos da Lei 4.591/1964.
- d) A irretratabilidade da promessa de compra e venda (art. 32, § 2º, da Lei 4.591/1964) é instrumento imprescindível na incorporação imobiliária, em razão de o incorporador, transcorrido o prazo de tolerância, obrigar-se perante a coletividade para a concepção do empreendimento e entrega de unidades. Pressupondo que receberá os valores definidos no contrato ao longo do curso da obra, se a força obrigatória do pacto sofre mitigação, o risco contratual do incorporador é majorado demasiadamente, colocando em risco a obra e os direitos dos demais adquirentes;
- e) A alegada dificuldade financeira superveniente ou o aumento da taxa de esforço do adquirente para o cumprimento da obrigação de pagar é questão subjetiva que não afasta ou reduz os efeitos da mora, não permitindo a revisão contratual ou resolução do vínculo, sem atribuição de culpa;
- f) Em caso de inadimplemento ou impossibilidade do cumprimento da obrigação por fato atribuível do adquirente, a resolução do contrato de promessa de compra e venda deve observar os percentuais estabelecidos no art. 67-A, da Lei 4.591/1964 (inciso II e § 5º) e os prazos para o reembolso. Ainda que o art. 413, do Código Civil, seja norma de ordem pública e, em nossa opinião, não possa ser afastado na hipótese da incorporação imobiliária, a sua aplicação é medida excepcional e pontual. A intervenção judicial para alterar os percentuais fixados na lei somente pode ser realizada quando presentes os requisitos do dispositivo, em especial, caso a penalidade seja *manifestamente* excessiva. A avaliação do excesso manifesto

dependerá, sobretudo, dos valores pagos pelo adquirente e independem dos fatos que ensejaram o descumprimento. Não parece razoável a aplicação da redução equitativa da cláusula penal caso o adquirente tenha pago valor inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor total do contrato;

- g) Caso o adquirente esteja impossibilitado do cumprimento da obrigação poderá, com fundamento no vencimento antecipado (*anticipatory breach*), e de forma a evitar o agravamento de seu prejuízo (*duty to mitigate the loss*), antecipar-se ao incorporador para pleitear a resolução do vínculo, comprovando não ter condições de seguir no cumprimento da obrigação. Nessa hipótese, a resolução também deverá atribuir culpa ao adquirente, impondo o pagamento da cláusula penal nos percentuais já referidos (art. 67-A, inciso II e § 5º, da Lei 4.591/1964);
- h) A permuta imobiliária, contrato firmado entre o proprietário de um terreno e a incorporadora, embora tenha suas vantagens comerciais, impõe diversos riscos ao proprietário, uma vez que esse apenas receberá a sua contraprestação no futuro (quando e caso o empreendimento for concluído). Nesse sentido, há algumas medidas para remediar tal risco, seja com relação ao momento em que haverá a transferência definitiva do terreno, seja incluindo cláusula resolutiva expressa que permitirá a resolução do contrato sem o pronunciamento judicial na hipótese de não atingimento de marcos temporais do cumprimento das obrigações do incorporador (desde que os efeitos da resolução do contrato não prejudiquem terceiros);
- i) Caso o incorporador estabeleça sociedade empresarial com o permutante para a concepção de um empreendimento imobiliário e, na hipótese de descumprimento contratual daquele perante o adquirente, eventual responsabilidade solidária dos sócios dependerá dos atos praticados na referida sociedade. Nesse sentido, caso o proprietário do terreno atue com poder de gestão nas atividades da incorporação imobiliária, poderá ser reputado fornecedor e, portanto, responder solidariamente. Contudo, caso a sua atuação tenha sido apenas e tão somente entregar o terreno ao incorporador para que este promovesse o negócio sob sua conta e risco, inexistirá qualquer responsabilidade. Nessa situação, o permutante é mero condômino, em igualdade de condições com os demais adquirentes;
- j) Dentre os principais riscos a que os adquirentes de unidades autônomas na incorporação imobiliária estão sujeitos cite-se: (i) atraso na entrega da unidade; (ii) excussão do terreno e das acessões por possíveis credores da incorporadora e (iii)

paralisação ou interrupção das obras pelo incorporador. Nesse sentido, o legislador, reconhecendo a vulnerabilidade e os riscos aos adquirentes, estabeleceu instrumentos jurídicos que, embora não possam eliminar os citados riscos, ao menos trazem maior proteção contratual. Assim, havendo atraso de obra, a consequência jurídica da Lei 4.591/1964 é bastante clara, seja para a resolução, seja para manutenção do contrato com direito à indenização, nos termos do art. 43-A, §§ 1º e 2º. Por outro lado, o patrimônio de afetação certamente confere uma maior blindagem contra a excussão do terreno e das acessões por terceiros, além de permitir a destituição do incorporador em caso de paralisação ou interrupção das obras;

- k) São riscos próprios dos adquirentes as consequências advindas da falta de pagamento do preço do contrato de compra e venda e do eventual contrato de crédito correlato. Nessa esteira, como já referido, a resolução culposa por fato atribuível ao adquirente deve respeitar o quanto estabelece o art. 67-A, da Lei 4.591/1964, e o descumprimento do pagamento do contrato de crédito, garantido por alienação fiduciária, permitirá a execução extrajudicial da garantia, nos exatos termos do art. 27, da Lei 9.514/1997.
- l) O proveito econômico da incorporação imobiliária é próprio das partes. Assim, enquanto a valorização inesperada do preço das unidades conferidas para pagamento de contrato de permuta é benefício próprio do permutante, a desvalorização do preço da unidade adquirida por um adquirente por razões alheias ao incorporador ou construtor não permitirá a resolução do contrato ou pleito indenizatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, André. Incorporação imobiliária: em que momento, afinal, nasce o condomínio edilício. *Migalhas*. Publicado em 13/04/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/257284/incorporacao-imobiliaria--em-que-momento--afinal--nasce-o-condominio-edilicio>. Acesso em 04 ago. 2021.

ABELHA, André. Lei 13.786/18: Pode o juiz reduzir a cláusula penal? *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 25/04/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/301063/lei-13786-18-pode-o-juiz-reduzir-a-clausula-penal> Acesso em 18 maio 2020.

ABELHA, André; VITALE, Olivar. Súmula 453 do STJ: por que revisá-la? *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 5. dezembro de 2020.

ADAMS, John. *Risco*. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: SENAC, 2009.

AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. II, t. II: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. IV, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AIG Seguros. *Condições Gerais Riscos de Engenharia*. Disponível em: <https://www.aig.com.br/content/dam/aig/lac/brazil/documents/brochure/condicoes-gerais-energiaeengenharia-risco-de-engenharia-car-brochure.pdf> Acesso em 14 maio 2021.

AKAISHI, Juliana Tiemi Mizumoto. Quebra eficiente de contratos bilaterais e a teoria dos incentivos. *Economic Analysis of Law Review*. vol. 1. n. 2. p. 246. julho-dezembro de 2010.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos II: Conteúdo, Contratos de Troca*. Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos III: Contratos de Liberdade, de Cooperação e de Risco*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ALPA, Guido. *Corso di Diritto Contrattuale*. Padova: CEDAM, 2006.

ALPA, Guido. Rischio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989, vol. 40.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982.

AMARAL FILHO, Vicente José. Proteção do adquirente no patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRIGHI, Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt. Fraude de execução: o Enunciado 375 da Súmula/STJ e o Projeto do novo Código de Processo Civil. In: ARRUDA ALVIM (coord.). *Execução e temas afins. Do CPC 1973 ao novo CPC: Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANTUNES, Henrique Sousa. Os desafios da legislação COVID-19 à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021.

AQUINO, Leonardo Gomes de. *As particularidades conceituais da cláusula de hardship*. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/xmlui/handle/11328/1086>. Acesso em: 16 abr. 2021.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-ALTERACAO-DAS-CIRCUNSTANCIAS-E-JUSTICA-CONTRATUAL-NO-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>. Acesso em 06 maio 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral. Ações e Factos Jurídicos*. Vol. II. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade Excessiva por 'Alteração das Circunstâncias'. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65 (2005). p.625-648.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do Direito das Obrigações (artigos 421 a 578)*. vol. V. Coordenadores: Arruda Alvim; Thereza Alvim. São Paulo: Forense, 2007.

AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação: contributo para o estudo do Direito privado português*. Coimbra: Almedina, 2009.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato (parecer). In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Incorporação imobiliária. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015.

AZEVEDO, Fábio. Sem shopping, sem aluguel: covid-19 e alocação de risco. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 13/04/2020, Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping--sem-aluguel--covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em 8 out. 2021.

BALESTRA, Luigi. *Il contratto aleatorio e l'alea normale*. Padova: Cedam, 2000.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BANDEIRA, Paula Greco. Enunciado 440. *V Jornada de Direito Civil*. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJP, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>. Acesso em 27 ago. 2019.

BAPTISTA MACHADO, João. Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada). *Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. vol. II. Coimbra, 1989.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a impossibilidade e a alteração superveniente das circunstâncias: reflexões a propósito da pandemia de COVID-19. *Revista do Ministério Público*. Número Especial Covid-19: 2020.

BAYEUX NETO, José Luiz. *A validade da cláusula de limitação de responsabilidade no direito privado e, em especial, no contrato de transporte de carga*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082017-152228/pt-br.php> Acesso em 22 set. 2020.

BDINE JR., Hamid Charaf. In: GODOY, Claudio Luiz Bueno de Godoy *et al.* Coord. Cezar Peluso. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. Barueri: Manole, 2019.

BDINE JR., Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell' economia*. Padova: Cedam, 2000.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco*. Trad. Ivo Korytowski. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Traduzido da obra: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Trad. Karina Jannini, a partir da segunda edição da obra originalmente publicada por Giuliano Crifò. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. vol. I. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940.

BIAZI, João Pedro de Oliveira. A Cláusula Resolutiva “de Estilo”. *Revista Brasileira de Direito Contratual*. Ano II. nº 7. abr-jun 2021. Porto Alegre: LexMagister, p. 85-95.

BIAZI, João Pedro de Oliveira. *A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor*. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

BIAZI, João Pedro. Lesão contratual em tempos de pandemia: uma necessária análise histórico-dogmática. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 01/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323246/lesao-contratual-em-tempos-de-pandemia-uma-necessaria-analise-historico-dogmatica>. Acesso em 23 abr. 2020.

BIRMINGHAM, Robert L. Breach of contract, damage measures and economic efficiency. *Articles by Maurer Faculty*, 1970. p. 273-292.

BLANES, Márcia. O contrato de seguro. *Cadernos Jurídicos: Direito Empresarial*. Ano 20. Número 50. julho-agosto de 2019. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação imobiliária. In: _____ (coord.). *Curso de Direito Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BORGES, Nelson. *Revisão das convenções nos ordenamentos jurídicos: da flexibilidade das obrigações*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2. ed. (revista e atualizada). Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4598/2020*. Inteiro teor. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262932>. Acesso em 18 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposições. *PL 5.882/2016*. Inteiro teor. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32138BAE29DEF9D28CF3195B291AAEFB.proposicoesWeb2?codteor=1484165&filename=A vulso+-PL+5882/2016. Acesso em 11 jul. 2018.

BRASIL. SUSEP. Meu futuro seguro. Portal SUSEP de Educação Financeira. Disponível em: <https://www.meufuturoseguro.gov.br/seguros-previdencia-capitalizacao/seguros/seguro-habitacional>. Acesso em 14 maio 2021.

BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. vol. 22, n. 63, p. 69-78.

CAHALI, Youssef Said. *Fraude contra credores*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 1.

CÂMARA, Hamilton Quirino. *Falência do incorporador imobiliário, o caso Encol*. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

CÂMARA, Hamilton Quirino. Paralisação de obras pelo incorporador imobiliário e sua retomada pelos adquirentes. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 13/02/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/319868/paralisacao-de-obras-pelo-incorporador-imobiliario-e-sua-retomada-pelos-adquirentes>. Acesso em 25 set. 2021.

CÂMARA, Helder Moroni. *Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites*. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAMPELO, Ricardo. Vícios construtivos: os prazos de garantia e vida útil. In: ABELHA, André (coord.). *Estudos de Direito Imobiliário: Homenagem a Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: IBRADIM, 2020.

CAMPOS, Diogo Duarte de; BRANDÃO, Joana. O reequilíbrio económico-financeiro dos contratos de empreitada decorrentes da maior permanência em obra. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2 (jan.-jun. 2020), p. 95-117.

CAMPOS, Iberê M. Obra parada, resultado da falta de planejamento e de administração. *Fórum da Construção*. Disponível em <http://www.forumdaconstrucao.com.br/conteudo.php?a=12&Cod=140>. Acesso em 26 jun. 2021.

CAMPOS, Mariana; COELHO, Fernanda; FOLLADOR, Gabriel. Matriz de riscos na nova Lei de Licitações pode dar previsibilidade às contratações. *Conjur*. Publicado em 23/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/opiniao-matriz-riscos-lei-licitacoes>. Acesso em 20 jul. 2021.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva do Direito Civil brasileiro*. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *Inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARLINI, Angélica; GLÓRIA, Maria da. Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro: o dever de proteção da mutualidade. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARMO, Lie Uema. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019.

CARVALHO, André Castro; LINO, Marcos dos Santos. O dispute board nos contratos de concessão de serviços públicos. In: MARCONDES, Fernando (org.). *Direito da Construção: Estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: Pini, 2014.

CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016.

CASTRO, Daniel Pentead de. Expedição de certidão premonitória em ação de conhecimento. *Migalhas*. Coluna CPC na prática. Publicado em 25/01/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/273074/expedicao-de-certidao-premonitoria-em-acao-de-conhecimento>. Acesso em: 06 jul. 2020.

CASTRO, Daniel Pentead de. Expedição de certidão premonitória em ação de conhecimento. *Migalhas*. Coluna CPC na prática. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/273074/expedicao-de-certidao-premonitoria-em-acao-de-conhecimento> Acesso em 06 jul. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014.

CHALHUB, Melhim Namem. A alienação fiduciária de bens imóveis sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015.

CHALHUB, Melhim. A execução do crédito como garantia fiduciária e a relação de consumo. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 08/07/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330383/a-execucao-do-credito-com-garantia-fiduciaria-e-a-relacao-de-consumo> Acesso em 17 ago. 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, abr-jun/2016.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CHALHUB, Melhim Namem; BRESOLIN, Umberto Bara. A resolução por inadimplemento antecipado do preço e o contrato de venda e compra de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 25/02/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas->

[edilicias/340777/inadimplemento-antecipado-e-o-contrato-de-venda-e-compra-de-imovel](#). Acesso em 09 ago. 2021.

CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. Ano 3. Dezembro 2020. n. 5. p. 174-190.

CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Market conditions and contract design: variations in debt contract. *New York University Law Review*. Vol. 88, n. 1, 2013.

CHOI, Albert; TRIANTIS, George. The effect of bargaining power on contract design. *Virginia Law Review*, Vol. 98, n. 8 (December 2012), pp. 1.665-1743.

CLERICO, Giuseppe. Incompletezza del contrato e responsabilità delle parti. *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Casa Editrice Dott, set. 2005.

COELHO, Francisco Pereira. Contratos petrolíferos: riscos específicos e soluções típicas. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. Covid-19 e boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Número temático: COVID-19 e o Direito. Ano LXI. 2020. Número 1.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de hardship nos contratos internacionais. *Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos*. vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis. V. do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. São Paulo: FGV, 2006.

CRÉDITO para casa própria tem queda de 33% em 2015, mostra Abecip. *ABECIP na mídia*. Publicado em 26/01/2016. Disponível em: <https://www.abecip.org.br/imprensa/abecip-na-midia/credito-para-casa-propria-tem-queda-de-33-em-2015-mostra-abecip>. Acesso em 10 ago. 2019.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. A alteração superveniente das obrigações contratuais e a excepcional divisão de riscos, no âmbito das relações de consumo, imposta pela pandemia da Covid-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord.). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Distrato imobiliário na jurisprudência do STJ: a resolução dos contratos imobiliários anteriormente à Lei 13.786/2018. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021.

CUFFARO, Vincenzo. Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffrè Lefebvre, 2020. Emergenza Covid-19. Speciale. n. 1. p. 236.

CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de Direito Civil*. vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 1931.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

DABUS, André. O seguro garantia como mecanismo de viabilização de projetos de infraestrutura. In: MARCONDES, Fernando. *Temas de Direito da Construção*. São Paulo: Pini, 2015.

DAL PIZZOL, Ricardo. Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais: efeitos da pandemia de Covid-19 sobre o equilíbrio dessas relações. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020.

DAMACENA, Fernanda. Seguro e eventos extremos: limites e possibilidades. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, vol. 57, n. 225, p. 99-124, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p99 Acesso em 10 abr. 2021.

DANGOT, Samantha. *A compra e venda e a permuta na incorporação imobiliária (estudo de caso)*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20146> Acesso em 04 ago. 2021.

DEL MAR, Carlos Pinto. *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Método, 2008.

DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e revisão contratual no Direito Privado Brasileiro. In: FERNANDES, Wanderlei (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. Fraude à execução pela insolvência do devedor – alienação do imóvel penhorado – ausência de registro. *Revista jurídica*. Ano 47. maio de 1999. n. 259.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 1 (abril-junho 2016). p. 2.

DIDIER JR., Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei 13.097/2015 e o CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 16, n. 23, p. 310-330, julho/dezembro de 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 1.

DOUDKO, Alexei G. Hardship in contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia. *Uniform Law Review*. vol. 5. agosto de 2000. p. 483-509. Disponível em: <https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/5/3/483/1652979> Acesso em 19 abr. 2021.

DUARTE, Diogo Pereira. A regulação contratual do risco e a alteração das circunstâncias a propósito dos *swaps*. *Revista de Direito das Sociedades*. Coimbra. Ano 7. n. 1 (2015).

DUARTE, Rui Pinto. *A interpretação dos contratos*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERMAT tinha um fascínio especial pelos números... Seminário Fermat: Teoria dos Números. Universidade de Lisboa. Disponível em https://webpages.ciencias.ulisboa.pt/~ommartins/seminario/fermat/teoria_dos_numeros.htm#:~:text=Fermat%20tornou%2Dse%2C%20desta%20forma,positivos%20e%20dos%20nC3%BAmeros%20primos. Acesso em 25 ago. 2020.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERRER CORREIA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. 4. reimpressão da 2. edição de 1967. Coimbra: Almedina, 2001.

FGV IBRE Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas. IGP-M: Resultados 2021. Publicado em 04/01/2021. Disponível em: https://portal.fgv.br/noticias/igp-m-resultados-2021?utm_source=portal-fgv&utm_medium=fgvnoticias&utm_campaign=fgvnoticias-2021-02-25. Acesso em 14 set. 2021.

FICI, Antonio. *Il contratto incompleto*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

FONSECA, Ana Taveira da. Pandemia de Covid-19 e riscos próprios do contrato. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (coord.). *Contratos e pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderlei (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORNASARI, Riccardo. Soppravvenienze e contrato dopo il COVID-19: problemi di contenuto e di método. *Contratto e impresa*. Anno XXXVI. n. 4. 2020.

FRADA, Manuel Carneiro da. A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: Teses e reflexões para um diálogo. *Revista da Ordem dos Advogados*. vol. 80. p. 153-163. Disponível em: <https://portal.oa.pt/media/131420/manuel-carneiro-da-frada.pdf>. Acesso em 29 abr. 2021.

FRADERA, Véra Jacob. Art. 7º: Liberdade Contratual e Função Social do Contrato – Art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. *Incorporações imobiliárias*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1972.

FRAZÃO, Ana. Liberdade de contratar e alocação de riscos. *Jota*. Publicado em 10/06/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020>. Acesso em: 23 set. 2020.

FRIGNANI, Aldo. La ‘hardship clause’ nei contratti internazionali. *Rivista di Diritto Civile*. Ano 25. Padova, 1979.

FRITZ, Karina Nunes. A revisão contratual e a quebra da base do negócio. *Migalhas*. Publicado em 17/12/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/88a3be2236290e_migalhas_basedonegocio.pdf Acesso em 04 maio. 2021.

GABRIELE, Enrico. *Alea e rischio nel contratto: studi*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

GABRIELLI, Enrico. La risoluzione del contrato per eccessiva onerosità. *Contratto e impresa*. Ano XI. n. 3. Setembro-Dezembro. Padova: Cedam, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. vol. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GALLO, Paolo. *Trattato di diritto civile: Il contratto*. Torino: G. Giappichelli, 2017.

GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formatação de negócios imobiliários entre terrenista e empreendedores. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. n. 3. São Paulo, dezembro 2019.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. *Negócios jurídicos processuais e análise econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

GILSON, Ronald J; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert E. Text and context: Contract interpretation and contract design. *Cornell Law Review*, 2014, v. 100, p. 23-97.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. n. 56, abril/junho de 2015.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. In: PELUSO, Antônio Cezar (org). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Manole, 2019.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. *Columbia Law Review*, vol. 77, 1977. p. 554-594.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Direito Administrativo) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/Risco&modifica%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 20 nov. 2020.

GOMES, Julio. Cláusulas de hardship. In: MONTEIRO, António Pinto (org.). *Contratos, actualidade e evolução*: Actas do Congresso Internacional Organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro. Porto: UCP, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A proteção do terceiro adquirente na fraude de execução e a edição da Súmula 375, do Superior Tribunal de Justiça. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 13, n. 25, janeiro/junho 2010, p. 11 a 41.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contrato de empreitada e inexecução: aspectos controvertidos envolvendo prazos do exercício de pretensões e direitos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 17. Coord. Elias Farah. n. 34. julho-dezembro de 2014.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit*: aspectos controvertidos de uma nova modalidade contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*. Almedina: São Paulo, 2014.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Fraudes patrimoniais no novo Código de Processo Civil: em defesa da proteção do terceiro adquirente de boa-fé e do PL 5.882/2016. *Revista IBRADIM de Direito Imobiliário*. Ano 1. n. 1. novembro de 2018.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Incorporação imobiliária: elementos introdutórios e aspectos práticos. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 10/06/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/346852/incorporacao-imobiliaria-elementos-introdutorios-e-aspectos-praticos>. Acesso em 04 ago. 2021.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Responsabilidades quanto à segurança jurídica do contrato pretendido e comissão pelo resultado útil. Um estudo à luz do Código Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Coord.). *Direito*

Civil: estudos. Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCIVIL. São Paulo: Blucher, 2018.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Tempos de incertezas. Fim da vinculação das partes aos contratos? *Migalhas*. Publicado em 10/12/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/231277/tempos-de-incertezas-fim-da-vinculacao-das-partes-aos-contratos> Acesso em 11 jul. 2021.

GOMIDE, Alexandre Junqueira; COLACINO, Matheus. O credor fiduciário responde pelas dívidas condominiais incidentes sobre o imóvel objeto da garantia? In: PERES, Tatiana Bonatti; TERRA, Marcelo; DIAS, José Guilherme Gregori Siqueira (Coord.). *Alienação fiduciária de bem imóvel e outras garantias*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 29-44.

GOMIDE, Alexandre Junqueira; RESENDE, Roberta. A aquisição de imóveis no novo CPC. *Jornal Valor Econômico*. Caderno Legislação. 18 junho de 2016. Disponível também online em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4567815/aquisicao-de-imoveis-no-novo-cpc> Acesso em 30 jul. 2020.

GOMIDE, Alexandre Junqueira; SIMÃO, José Fernando. Incorporação imobiliária: resolução/revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 09/06/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/0DEC29988048F8_edilicias.pdf. Acesso em 30 jul. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOUVEIA, Rosimar. Triângulo de Pascal. *TodaMatéria.com*. Disponível em <https://www.todamateria.com.br/triangulo-de-pascal/>. Acesso em 25 ago. 2020.

GUIA, Rodrigo da; SOUZA, Eduardo Nunes de. Resolução contratual nos tempos do coronavírus. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 25/03/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus> Acesso em 30 abr. 2020.

HORA NETO, João. A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica? *Revista de Direito Privado*, vol. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ICC International Chamber of Commerce. *ICC Force Majeure Clause 2003/ICC Hardship Clause 2003*. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>. Acesso em 16 abr. 2021.

KLASS, Gregory. Efficient Breach. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *The Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty and profit*. Reprints of economic classics. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1964.

KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Vol. 84, 2009.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações: Art. 113 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (orgs.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LAFAYETTE, Rodrigues Pereira. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio. *Ativismo judicial disfuncional*. São Paulo: IASP, 2018.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 17. jul-set. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Caveat venditor? A directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles. vol. I. Coimbra: Almedina, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3. vol. 7. abril-junho de 2016. p. 95-114.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. Tomo: Contratos Mercantis. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antonio João Antunes. *Código Civil Anotado*. vol. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

LINZER, Peter. On the Amorality of Contract Remedies – Efficiency, Equity and the Second Restatement. *Columbia Law Review*, vol. 81, n. 111, p. 111-139, 1981.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: Parte especial. Das várias espécies de contratos*. vol. 7. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*. vol. 22. 2002.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores [s.d].

LORENZI, Valeria de. La pandemia e i contratti di locazione commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni*. Anno CXIX (2021). n. 2.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Parte Geral. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. vol. II. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOUREIRO, Francisco. Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código de Defesa do Consumidor. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *O direito e a incorporação imobiliária*. São Paulo: [s.n.], 2016. Disponível em <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2016/09/livreto-o-direito-e-a-incorporacao-imobiliaria.pdf> Acesso em 13 set. 2021.

LOUREIRO, Francisco. Compromisso de compra e venda de unidades autônomas: distinção entre impossibilidade de cumprimento e desistência do adquirente, à luz das Súmulas 543 do STJ e 1 do TJSP. *Opinião jurídica 4: direito imobiliário*. São Paulo: Secovi-SP, 2016.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Incorporação imobiliária e contrato de compromisso de compra e venda em tempos de pandemia da COVID-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (coord.). *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Edição especial de 30 anos de vigência do CDC. vol. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020.

LOUREIRO, Francisco. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. In: GUERRA, Alexandre Daranhan de Mello (Coord.) *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. vol. 2.

MACARIO, Francesco. Per um diritto dei contratti più solidale in época di ‘coronavirus’. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffré Lefebvre, 2020. Emergenza Covid-19. Speciale. n. 1.

MACARIO, Francesco. Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti. *Rivista di diritto civile*, Padova: CEDAM, ano 48, 2002.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa. Sobre cláusulas contratuais gerais e o conceito de risco. Separata da *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa, 1988.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda: notas sobre a Lei 13.786/2018. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Vida que segue: perspectivas para as hipotecas após a edição da Súmula 308 do STJ. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 339-369.

MARINI, Annibale. *La clausola penale*. Napoli: Jovene, 1984.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos Contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020.

MARKOVITS, Daniel; SCHWARTZ, Alan. The myth of efficient breach: new defenses of the expectation interest. *Virginia Law Review*, vol. 97, n. 8, p. 1939-2008, dez. 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos dos consumidores. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e empreitada*. Coimbra: Almedina, 1994.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações. Parte Especial (Contratos)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Estado de perigo no Código Civil: uma perspectiva civil constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. Coleção professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Reflexões sobre a incorporação da teoria da quebra eficiente (efficient breach theory) no direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo *et al* (coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de. *Inadimplemento eficiente no contrato: quando o descumprimento do contrato é vantajoso a uma das partes*. Curitiba: Juruá, 2020.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Da incerteza ao risco: as técnicas seguradoras e o seu referente, um diálogo com Knight. *Boletim de Ciências Económicas*. Homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes. Vol. LVII. Tomo 2. 2014. p. 2143-2210.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de ‘hardship’ e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo, n. 25, p. 11-39, abr.-jun. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. *Revista dos Tribunais*. vol. 885. julho de 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Entrevista concedida a Karina Nunes Fritz. Coluna *German Report*. Publicada em 02/06/2020. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/328102/entrevista--judith-martins-costa>. Acesso em 15 jul. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e a excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYEN, Fernando (coord.). *Impactos econômicos da covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V, t. I: Do direito das obrigações. Do adimplemento das obrigações e da extinção das obrigações (art. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. As cartas de conforto: modalidade e eficácia. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Ano 1 (2015), n. 1, p. 1247-1299.

MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto Civile: Il Contratto*. Milão: Giuffrè, 1984.

MAURO, Antonio de. Pandemia e contratto: spunti di riflessioni in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffrè Lefebvre, 2020. Emergenza Covid-19. Speciale. n. 1.

MAYER FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. O contrato como regulador e como produtor de riscos. *Revista do programa de pós-graduação em ciências jurídicas da Universidade Federal da Paraíba*. vol. 4, n. 6, p. 62–85, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4507> Acesso em 29 jun. 2021.

MELLO, Alberto de Sá. Modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias, no contexto da pandemia COVID-19 (breve anotação ao regime da lei civil). *Revista jurídica JURISMAT*. Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes. Portimão, novembro de 2020. p. 247-255.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. 2014.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o ‘pactum de non petendo’. *Revista de Processo*. vol. 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2017.

MENEZES CORDEIRO, António. A crise e a alteração de circunstâncias. *Revista de Direito Civil*. Ano 1 (2016), n. 1.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*. Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha. (S.N), Lisboa, 1989.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António. *Direito dos seguros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MENEZES CORDEIRO, António. O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de 'situação económica difícil'. In: SERRA, Catarina (coord.). *II Congresso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2014.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. vol. I. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Garantias*. vol. 10. Coimbra: Almedina, 2017.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. vol. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1959.

MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratti in generale*. 2. ed. Torino: Utet, 1967.

MIRAGEM, Bruno. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos Contratos em Geral (arts. 421 a 480)*. vol. 5. Coordenador: Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MIRANDA FILHO, Luiz Antonio Castro de. *Fraude à execução pela insolvência do executado e o confronto entre as posições do exequente e do terceiro adquirente*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19878/2/Luiz%20Antonio%20Castro%20de%20Miranda%20Filho.pdf> Acesso em 11 jul. 2018.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 2014 (Reimpressão da obra publicada em 1980).

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

MONTEIRO, António Pinto. O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade. In: _____ (coord.). *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e força maior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOSCATI, Enrico. Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata. *Giur. It.* 1982. I, c. p. 1788.

NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NEGRÃO, Ricardo; FRANCO, Vinicius Nogueira. Os condo-hotéis e o mercado de capitais. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, José Roberto de Castro. As 'imperfeitas' cláusulas resolutivas. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

NEVES, José Roberto de Castro. Evicção e boa-fé registral. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

O QUE explica o boom imobiliário em Santos. Minhas Finanças. *Exame.invest*. Publicado em: 30/12/2013. Disponível em: <https://invest.exame.com/mf/o-que-explica-o-boom-imobiliario-em-santos>. Acesso em 25 out. 2021.

OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Incumprimento resolutório: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2019.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. Resolução parcial, dever de renegociar e modificação contratual em contexto de Covid-19. *Revista de Direito Civil*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano V (2020). Número 3. Diretor: António Menezes Cordeiro.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato. In: SEQUEIRA, Elsa Vaz de; SÁ, Fernando Oliveira e (Coord.). *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 255-311.

OLIVEIRA, Rodrigo Reis Ferreira. Estruturação de negócio imobiliário no Brasil por meio de sociedade de propósito específico: análise prática e impactos fiscais. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di diritto commerciale*. Vol. XLI, prima parte e vol. XLII, parte prima, 1943.

ORIGEM do SFH e SFI. *ABECIP*. História. Disponível em <https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/historia>. Acesso em 9 jun. 2021.

OTHON SIDOU, J. M. Lesão contratual – estado de perigo – premente necessidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Ano XXII. n. 29. Rio de Janeiro. 2º semestre de 2006.

PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do contrato de empreitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

PARISI, Francesco; CENINI, Marta. Allocations del Rischio tra Clausola Penale e Autonomia Contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: CEDAM. Ano 55, 2009. p. 323-325.

PASQUALOTTO, Adalberto. Aspectos da defesa do consumidor no contrato de seguro. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Coord.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III: seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento eficiente” (*efficient breach*) nos contratos empresariais. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Ano 2. 2016. n. 1.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese (Livro-Docência em Direito Privado e Processo Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 12. ed. revista e atualizada por Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Fonte das obrigações. vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Fontes das Obrigações. vol. III. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direitos Reais. vol. IV. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5. ed. vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1943.

PEREIRA, Patrícia da Guia. Cláusulas contratuais gerais abusivas e distribuição de risco. *Revista Sub Judice*: Justiça e Sociedade. Junho de 2007.

PEREIRA, Tatiana Souza. Reflexões a propósito da *difficultas praestandi* à luz do regime de alteração das circunstâncias. In: MALHEIRO, Gonçalo; XAVIER, Luís Barreto (coord.). *Contratos e pandemia*: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia. Coimbra: Almedina, 2021.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludente e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERES, Tatiana Bonatti. *Opção de compra*. Curitiba: Juruá, 2011.

PETERSEN, Luiza Moreira. *O risco no contrato de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2018.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A força obrigatória dos contratos nos tempos de coronavírus. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 26/03/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322653/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>. Acesso em 29 abr. 2021.

PIFFER, Vinícius S. Manutenção de obras: um problema cultural? Publicado em 03/05/2012. Disponível em: <https://ecivilufes.wordpress.com/tag/manutecao/>. Acesso em 26 out. 2021.

PIGNATTA, Francisco. A cláusula hardship nos contratos internacionais, o direito brasileiro e a Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG). *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PINHEIRO FRANCO, Antônio Celso; PINHEIRO FRANCO José Roberto. Cláusula resolutiva expressa: o exato sentido do art. 119 do CC/1916 e dos arts. 128 e 474 do Diploma Substantivo de 2002. *Revista do Instituto dos Advogados*, ano 13, n. 25, janeiro-junho 2010.

PINTO, Paulo Mota. Contrato de *swap* de taxa de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINTO, Paulo Mota. *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2002.

PINTO, Paulo Mota. *Direito Civil: Estudos*. Lisboa: Guestlegal, 2018.

PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (coord.). *O contrato na gestão e na garantia da equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de preço fixo, de ajustamento de preço e de alteração material adversa (“MAC”) e cláusulas de força maior: revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.1-2 (jan.-jun. 2020), p. 73-93.

PIRES, Catarina Monteiro. *Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia*. Coimbra: Almedina, 2021.

PIRES, Catarina Monteiro. Efeitos da alteração das circunstâncias. *O Direito*. 145°. 2013.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2020.

PIRES, Catarina Monteiro. Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 76. 2016.

PIRES, Catarina Monteiro. *Tutela da autonomia privada em cenários disruptivos: riscos, crédito e garantias*. Lisboa: AAFDL, 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações*. Tomo V. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das Obrigações. Efeitos das dívidas e das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Adimplemento. Arras. Liquidação. Depósito em consignação para*

adimplemento. Alienação para liberação. Adimplemento com sub-rogação. Imputação. Compensação. Tomo XXIV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das obrigações. Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.* 2. ed. Tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito das Obrigações. Contrato de transporte. Contrato de parceria. Jogo e Aposta. Contrato de seguro. Seguros terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos.* Tomo XLV. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Parte Especial. Direito das Obrigações. Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais.* Tomo XXXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

POR que essa é a hora de comprar imóveis? Estudos ABRAIN. Publicado em 27/07/2020. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/estudos/2020/07/27/estudo-por-que-essa-e-a-hora-de-comprar-imoveis/>. Acesso em 22 out. 2021.

POSNER, Richard A. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review* (1349), 2009.

PRATA, Ana *et al.* *Código Civil Anotado.* vol. I. Coimbra: Almedina, 2017.

PRATA, Ana. Cláusula de condição e risco contratual (no Código Civil de 1966). In: SEQUEIRA, Elsa Vaz de; SÁ, Fernando Oliveira de (Coord.). *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade contratual.* Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.

QUINTINO, Larissa. PIB em números: gráficos mostram desempenho econômico do Brasil. Publicado em 04/03/2020. *Veja.* Economia. Disponível em <https://veja.abril.com.br/economia/pib-em-numeros-graficos-mostram-desempenho-economico-do-brasil-2/>. Acesso em 04 maio 2020.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 4. ed. anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Propriedade fiduciária imóvel.* São Paulo: Malheiros, 2009.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie.* vol. 9. n. 2, p. 129-159.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. n. 35. Rio de Janeiro, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODOVALHO, Thiago. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Diretor: Fernando Araújo. Ano 1. 2015. n. 6. p. 1.620.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. *Conjur*. Publicado em 02/01/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em 26 ago. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Um ‘modelo de revisão contratual por etapas’ e a jurisprudência contemporânea do Superior Tribunal de Justiça. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 469-514.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

ROVAI, Armando; SALLES JÚNIOR, Paulo Sérgio. Da relevância empresarial da declaração de direitos de liberdade econômica, Lei 13.874/2019, no cenário negocial brasileiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 86. 2019. out-dez. p. 17-30.

ROVEDA, Jerônimo Pinotti. A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência da cláusula de ‘dispute board’ nos contratos de construção. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Ano 5 (2019), n. 1. p. 1.131-1.161.

RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación Fernández. *Rebus sic stantibus y crisis económica*. Orden público económico versus especulación. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomo XXXIII, 2017.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Trattato di Diritto Civile: Il contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1999.

SALGADO, Bernardo. A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e o ordenamento jurídico brasileiro. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

SANJUAN, Pedro Ernesto Celestino Pascoal. Incorporadoras imobiliárias travestidas de ‘associações pró-construção’. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 09/07/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/350992/incorporadoras-imobiliarias-travestidas-de-associacoes-pro-construcao>. Acesso em: 14 set. 2021.

SCHALCH, Débora. O seguro garantia – performance bond – na realização de obras de construção civil. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHALCH, Débora; PRADO, Marcos Lope; ELLENRIEDER, Cristiane Cordeiro Von; BRITO, Silvia Helena Soares. Seguros aplicados aos contratos de seguro. In: MARCONDES, Fernando (Org.). *Direito da Construção: Estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção*. São Paulo: Pini, 2014.

SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Revisitando a tríplice transformação do adimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. II. Rio de Janeiro: Processo. 2021.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no direito civil brasileiro. *Revista jurídica luso-brasileira*. Ano 2 (2016) n. 4. p. 825 e ss.

SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, No. 4 (Jan. 2006).

SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserv Law Review*. Vol. 56. 2005. p. 187-201.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Fontes das obrigações. Contratos*. vol. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SERRA, Adriano Vaz. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*. n. 68, 1957.

SHIFFRIN, Seana. “Could” Breach of Contract Be Immoral? *Michigan Law Review*, vol. 107, n. 8, p. 1551-1568, jun. 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantia das obrigações*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), 2017.

SILVA, João Calvão da. *Sinal e contrato-promessa*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

SILVA, João Calvão. *Venda de bens de consumo*. Comentário. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Rodrigo da Guia. Equilíbrio e vulnerabilidade nos contratos: marchas e contramarchas do dirigismo contratual. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano 9. n. 3. 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/666/517>. Acesso em 08 fev. 2020.

SILVA, Rodrigo da Guia. Um novo olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual: o problema das vicissitudes supervenientes em perspectiva civil-constitucional. *Revista Eletrônica de Direito Civil*. Ano 10, n. 3. 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/781/587>. Data de acesso: 21.12.2021.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. *Da cláusula penal e sinal: as penas privadas convencionais na perspectiva do Direito português e brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz. Partes 1 e 2. Disponível em <https://professorsimao.com.br/clausula-penal-e-reducao-de-oficio-pelo-juiz-parte-2-2/>. Acesso em 13 fev. 2021.

SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Contratos (Série leituras jurídicas: provas e concursos)*. São Paulo: Atlas, 2005.

SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Contratos*. (Série leituras jurídica: provas e concursos, vol. 5). 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SIMÃO, José Fernando. Estrutura e função das arras na alienação de bens imóveis. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021.

SIMÃO, José Fernando. Inversão da cláusula penal em favor do consumidor: uma análise da categoria jurídica sobre a ótica da autonomia privada. Parte 3. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/inversao-da-clausula-penal-em-favor-do-consumidor-uma-analise-da-categoria-juridica-sob-a-otica-da-autonomia-privada-parte-3/> Acesso em 05 set. 2019.

SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 03/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 26 ago. 2020.

SIMÃO, José Fernando. Pandemia e locação – algumas reflexões após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo. *Migalhas*. Coluna Migalhas Contratuais. Publicado em 24/04/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325272/pandemia-e-locacao-algumas-reflexoes-necessarias-apos-a-concessao-de-liminares-pelo-poder-judiciario-um-dialogo-necessario-com-aline-de-miranda-valverde-terra-e-fabio-azevedo>. Acesso em 08 set. 2020.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SIMÃO, José Fernando. Redimensionamento da prestação em face dos arts. 317 e 479 do Código Civil. *Revista do Advogado*. n. 148. dez. 2020. São Paulo: AASP, 2020.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício de consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas*. Parte Geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007.

SIRGIOVANNI, Benedetta. Revisione del contratto al tempo del COVID-19. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obbligazioni*. Ano CXIX, 2020. n. 1.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios*. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira. *Patrimônio de afetação, SPE, SCP e Consórcio*. Estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014.

STANICIA, Sergio Tuthill. Da restituição do preço face às alterações de valor da coisa evicta. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 105. jan/dez. 2010. p. 689-724.

STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé objetiva e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TALEB, Nassim. *A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*. Trad.: Marcelo Schild. 15. ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. vol. 2. 15. ed. São Paulo: Método, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. vol. I. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. vol. 3. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador em caso de desfazimento do vínculo contratual na Lei 13.786/2018. In: ANDRADE, André Gustavo *et al.* (Org.). *Lições de Direito Imobiliário*. Homenagem a Sylvio Capanema. Rio de Janeiro: LMJ, 2021.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos*. Soluções práticas de direito. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o Contrato de Corretagem. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 127-152.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto. A aplicação da cláusula penal compensatória nos contratos de promessa de compra e venda imobiliária. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. vol. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline Miranda Valverde. Condição resolutiva, condição suspensiva ou cláusula resolutiva expressa, eis a questão. *Migalhas*. Coluna Migalhas Edilícias. Publicado em 07/10/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/352799/condicao-resolutiva-condicao-suspensiva-ou-clausula-resolutiva>. Acesso em: 11 out. 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. *Migalhas*. Publicado em 20 de março de 2020 Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em 8 out. 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; SALGADO, Bernardo. O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*. vol. 7. n. 1. jan/jun de 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Livro III – Dos fatos jurídicos: Do negócio jurídico*. vol. III. Tomo I. 3. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Fraude de execução. Alienação de bem pelo devedor quando em curso ação de conhecimento. Boa-fé do terceiro adquirente. Relevância do elemento subjetivo. Inconfiguração de fraude (Parecer). *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, vol. 1, n. 5.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato Imobiliário e a Legislação Tutelar do Consumo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOGNETTI, Giuliano. Qual é a valorização dos imóveis no Brasil? Uma análise pelo Índice Fipe-Zap. Publicado em 26/11/2015. Disponível em: <https://rexperts.com.br/valorizacao-dos-imoveis-brasil-fipe-zap/>. Acesso em 22 out. 2021.

TREVELIM, Ivandro Ristum. A alienação fiduciária de bem imóvel e o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TRIANSTIS, George. Financial Contract Design in the World of Venture Captial. *Chicago Law School*. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 115), 2001.

TRISTÃO, Eduardo da Silva. Promessa de venda e compra para a incorporação imobiliária. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 54.

TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Roncarati, 2015.

TZIRULNIK, Ernesto; BOAVENTURA, Vítor. A COVID-19 e o seguro: repercussões contratuais e reflexões prospectivas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coord.). *Impactos jurídicos e econômicos da COVID-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. Acesso em 16 abr. 2021.

USTARRÓZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 304, ano 51, p. 32-53, fevereiro de 2003.

VARELA, Antunes. *Obrigações em geral*. vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VAZ, Gilberto José. Os Dispute Boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/2014.

VELOSO, Zeno. *Condição, termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo de. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo; RUAS, Luiza Wander. Interpretação dos negócios jurídicos e a liberdade econômica. *Migalhas*. Publicado em 30/10/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/314101/interpretacao-dos-negocios-juridicos-e-a-liberdade-economica>. Acesso em: 05 mar. 2021.

VERZANI, Stefano. Effetti sui contratti in corso, dell'emergenza legata al Covid-19. *Rivista Scientifica Giustizia Civile.com*. Milano: Giuffrè Lefebvre, 2020. Emergenza Covid-19. Speciale. n. 1.

VEYRET, Yvette. *Os riscos*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007.

VICENTE, Dário Moura. A crise económica mundial e os contratos internacionais. *Revista de Direito Civil da Ordem dos Advogados de Portugal*. Ano 2. N. 3 (2017). p. 599-641.

VILLELA, João Baptista. Equilíbrio do contrato: os números e a vontade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Obrigações e contratos*. v. III: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VITALE JÚNIOR, Olivar Lorena. Supercondomínio. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

VITALE, Olivar. Contratos imobiliários. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (Coord.). *Curso de Direito Imobiliário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

WALD, Arnaldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. vol. 4. p. 138. São Paulo, jul.-set. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O negócio jurídico processual: inovação do novo CPC. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 19, n. 74, 2016.

WILKINSON-RYAN, Tess. Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. *Michigan Law Review*, vol. 108, n. 5, p. 633-671, 2010.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais: interface com contratos de consumo e paritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ZANCHIM, Kleber; ARAUJO, Paulo Doron Rehder. Interpretação contratual: o problema e o processo. In: FERNANDES, Wanderlei (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013.

ZULIANI, Ênio Santarelli *et al.* *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. Coordenação: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.