

Arras e extinção do contrato

Publicado desde 28/9/2005

Gisele Leite

*Professora, Orientadora Profissional Educacional, Coordenação de Estudos e Pesquisas, Organização de Biblioteca, Pedagoga, Administração Escolar e advogada.; Formada em Pedagogia - UERJ com autorização para lecionar: Língua Portuguesa, Literatura, História e Geografia e Filosofia; Curso de Especialização de Administração Escolar - UERJ.; Bacharel em Ciências Jurídicas e Econômicas/FND. - UFRJ.; Curso de Inglês (Básico, Conversação, Avançado, TTC.), Curso Oxford - 10 anos.; Curso de Francês (Básico e conversação), Aliança Francesa.; Curso Técnico de Secretariado (Secretária Executiva) - IBRATEL/RJ.; Pós-Graduação em Direito Privado - UFRJ. Especialização em Direito Civil e Processo Civil.; Mestrado em Direito - UFRJ (com defesa de tese). ; Mestrado em Filosofia da Educação - UFF (com defesa de Tese). Possui artigos publicados em revistas jurídicas especializadas, além de em vários dos sites jurídicos. Professora da USP. Ganhadora do prêmio as mais lidas doutrinadoras da América do Sul conferido pela International WEb Corporation of Lectures. **

** segundo o próprio autor em 28 de agosto de 2005.*

Etimologicamente a palavra arra, derivou do latim arrha, e, também do grego arrabón, com sentido de penhor, de garantia.

In Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva consta: "desse modo, arras, para os romanos, passaram a significar e a designar tudo o que uma das partes contratantes dava à outra em sinal de perfeição da convenção e para, ao mesmo tempo, assegurar, indiretamente, a execução da obrigação, que da mesma convenção resultava".

Geralmente, as arras consistiam em dinheiro, mas não se impedia que o sinal pudesse ser promovido pela entrega de outras espécies de bens, dados, do mesmo modo, para constituir esta garantia contratual.

As arras, nessa acepção, pressupunham sempre a existência de uma obrigação principal, de que era acessório, podendo ser civil, natural, pura e simples, condicional ou a termo. E tinham aplicação, comumente, não somente nas convenções, como nos sponsais .

Conservou sua noção jurídica, sendo presente em quase todas legislações, embora sua origem esteja mais no direito de família do que nas obrigações, posto eram muito usadas nos contratos sponsalícios.

Mais tarde, com a extinção do regime de comunidade familiar, tornou-se insuficiente na troca in specie. Assim passou a arra ser garantia do pacto avençado, ou o reforço.

A primeira finalidade de arra dentro do direito obrigacional foi assegurar a perfeição do contrato. Também o direito romano conferiu a arra um valor assecuratório, o que permaneceu para demonstrar o acordo de duas vontades na realização do negócio, onde uma das partes transferia à outra determinada soma de dinheiro dava-lhe de coisa móvel ou lhe entregava um anel – arra in signum consensus interpositi data (arra em sinal de consensu sobre interposta data). Por similitude metafórica o anel de noivado era a confirmação do futuro casamento.

Nas Institutas surge a modificação que irá abrigar controvérsia que dividiram os glosadores e comentaristas. Se está ou não perfeito o contrato ajustado. Domat, Molitor, Brunemann atribuem às arras a faculdade de retratação do ajustado, entendendo-se que foram convertidas de confirmatórias em penitenciais.

Já a segunda escola defendida por Cino, Bartolo, Voet e Pothier preconizava que houve apenas modificação parcial do texto justianeu, admitindo a distinção que podem as arras serem dadas antes da perfeição do contrato, ou podem serem entregues depois deste concluído.

Somente na acepção da primeira escola admite-se o arrependimento. E se transferidas as arras depois de selada a convenção, conservam o caráter confirmatório e provam a existência destas.

Assim eram essas duas funções das arras que vieram a delinear toda a evolução moderna do referido instituto. Pelo Código Civil de 1916 as arras eram disciplinadas nos arts. 1.094 a 1.097 onde se enfatizava o caráter de instrumento preparatório na celebração contratual.

Mas, o Código Civil de 2002 transferiu a disciplina legal das arras para o direito das obrigações enfatizando seu caráter de pré-fixação de indenização dos danos sofridos pela parte inocente na hipótese de o contrato não vir a ser celebrado.

Ao lado da legislação alemã e da suíça posicionou-se a brasileira que enxerga a arra ou sinal seguindo fielmente a tradição romana antiga, onde sua natureza jurídica de convenção acessória e real tem como objetivo de provar que o contrato principal está concluído, considerando-se as partes reciprocamente vinculadas. Adotando a legislação nitidamente o posicionamento da segunda escolada de glosadores até por influência do Código Napoleônico.

Assim uma vez dadas às arras, ipso facto o contrato está perfeitamente concluído e, não será mais possível o arrependimento das partes. Destaca Larombière que entre os romanos era o anel que um contratante transferia ao outro que simbolizava a convenção perfeita.

No antigo direito francês, a arra era um vintém marcado ou um liard (pequena moeda de cobre de ínfimo valor) entregue pelo comprador ao vendedor, o que Pothier denominou de "denier d'adieu (dinheiro de adeus). Embora Merlin chame-a de "denier à Dieu" (dinheiro à Deus) onde prevalece o caráter nitidamente confirmatório.

Entre os efeitos das arras, está a presunção absoluta de que foi firmado o negócio. Se o objeto entregue como arra for dinheiro ou bem móvel (art. 417 C.C.) desta forma, se guardar fungibilidade com o objeto do contrato, considerando-se as arras como princípio de pagamento que deverá se completar normalmente.

Se o negócio se impossibilitar sem culpa, restituem-se as arras, posto que não sobrevive a causa de sua retenção.

No entanto, se inviável for o negócio jurídico por culpa de uma das partes, ou se houver recusa de cumprimento, perdê-la-á em benefício de outro contratante, principalmente se o arrependido ou culpado for o que as tiver dado causa, caso este não queira, obter a execução do contrato (art. 418 C.C.).

Se o arrependido for o que tiver recebido as arras, deverá então devolvê-las em dobro, acrescido de correção monetária, juros honorários advocatícios e custas judiciais.

Entende Caio Mário da Silva Pereira que a menção da correção monetária no novo Código Civil brasileira é deverasmente infeliz e desnecessária, pois fruto de uma antiga mentalidade inflacionária que ora não mais vige tão completamente. O que nos faz presumir que o ilustre doutrinador apesar de sempre brilhante em suas conclusões, pelo menos nessa hora cometera um pequeno lapso romântico.

É igualmente infeliz a referência aos honorários advocatícios posto que não requer prova de efetiva prestação de serviço e, sem qualquer parâmetro valorativo.

Conveniente é a exegese parcimoniosa sob pena de dificultar ainda mais o adimplemento para o devedor moroso e, ainda, pelo fato de ensejar enriquecimento sem causa quer para o credor ou para seu advogado.

O art. 419 CC veio a resolver a questão quanto ao montante de indenização e, admite que a parte inocente solicite indenização suplementar, se provar que existir maior prejuízo, consignando a arra como taxa mínima indenizatória.

A principal função das arras é mesmo de natureza confirmatória. Na legislação francesa a traditio das arras significa que as partes estão livres se quiserem para se arrepender, ficando a perda do sinal como forma de indenização.

No entanto, a faculdade de retratação não pode durar indefinidamente, indo até a execução cabal da obrigação. Tal faculdade de retratação é recíproca apesar de não ser da essência das arras.

Muito se assemelha a arra penitencial à cláusula penal que difere por ser uma convenção acessória real, que se perfaz com a efetiva entrega da coisa; dela se distingue ainda pelo fato da transferência antecipada, ao passo que a cláusula penal é de natureza consensual.

A cláusula penal é devida se houver infração do ajuste, e, se não houver ou enquanto não houver, seu valor é potencial ou latente.

As arras se estipulam para os contratos bilaterais enquanto que a cláusula penal pode ser estipulada para qualquer obrigação, inclusive para os contratos unilaterais.

A arra no direito francês é sumamente penitencial (Código Civil francês art. 1.590) e, atentou-se o arrependimento de uma das partes não ofende ao direito adquirido da outra.

É claro que não, pois com contrato não transfere direitos enquanto pende faculde de débit (faculdade de débito). Enquanto viger tal faculdade, a aquisição de direitos resta em suspenso até que se demonstre que não há arrependimento, se não for convencionada a termo certo, findo o qual caduca de pleno direito.

Se qualquer das partes recua do negócio, ficam as arras como índice de indenização, e, se esta é culpada, cabe à parte devolvê-las em dobro (Aubry et Rau).

Resolvido consensualmente o contrato sem culpa de qualquer das partes, dar-se-á a simples devolução das arras, sem ser em dobro, pois que teriam perdido sua finalidade precípua. O art. 420 C.C. /2002 admite que as arras

tenham função penitencial, mas devem as partes assim expressamente admitir o respectivo caráter.

Mas, ratifica a boa doutrina que sua função primordial e natural é mesmo de caráter confirmatório independentemente da eleição das partes no bojo do contrato.

De sorte que para ter efeito penitencial é indispensável que haja expressão estipulação contratual. Onde o valor da possível indenização está limitado ao valor das arras, não sendo argüível, portanto a indenização suplementar, mesmo ante prejuízo maior.

Via de regra, as arras são do mesmo gênero da obrigação principal. O direito de arrependimento pode existir implícito no contrato em que cada parte dá uma certa soma a título de arras (RT 187/218). Só caberá restituição em dobro das arras entregues, se o arrependimento for da parte que as recebeu.

A tecnologia jurídica nos impõe uma maior precisão ao uso dos institutos e mais precisamente nas hipóteses de dissolução contratual. Por vezes a questão semântica não se dissipa com facilidade.

De Plácido e Silva esclarece in verbis: "Em princípio, na rescisão dos contratos, o fundamento assenta na lesão que uma delas trouxe à outra parte contratante, em regra, em virtude de vício ou defeito, que se tenha verificado. Mas, pode haver rescisão fundada em desrespeito ou infração à cláusula convencionada. A rescisão da sentença, promovida para que seja anulada, assenta na ofensa ao direito, que faz gerar a sentença ilegal ou ilegítima".

A resilição é uma das espécies da dissolução contratual. Refere-se ao desfazimento do vínculo contratual praticado por um ou todos os contratantes. Difere diametralmente da invalidação do contrato que tem lugar quando desatendido qualquer dos requisitos genéricos de validade dos negócios jurídicos (agente capaz, objeto lícito, possível e pelo menos determinável, forma legal ou não defesa por esta) ou quando há contaminação por defeito de consentimento (erro, dolo, coação estado de perigo ou lesão), ou defeito social (fraude contra credores) ou simulação.

Provém a palavra resilição do verbo resilir, em tempo esclarece De Plácido e Silva in verbis, esclarece: "Do latim resilire (desdizer-se, retratar-se), é empregado na linguagem jurídica na mesma significação de rescindir, desfazer, distratar, resolver. Em relação aos contratos, resilir é empregado tanto para indicar ou exprimir dissolver por acordo das partes contratantes, como dissolver o contrato por vontade de uma das partes, quando firmado por tempo indeterminado. Desse modo, resilição entende-se dissolução seja por mútuo consentimento, seja por provocação de uma das partes, quando lhe é atribuído o direito de a pedir".

Classifica-se normalmente a rescisão em unilateral ou bilateral. A bilateral é também chamada de distrato enquanto que a unilateral é alcunhada de denúncia.

O distrato deve revestir a mesma forma do contrato rescindido (art. 472 CC), de sorte que se o objeto por ser imóvel acima de trinta salários-mínimos se deu sob a forma de escritura pública, a rescisão igualmente adotará tal forma.

A rescisão unilateral, também chamada de revogação, renúncia ou retratação é exceção. De forma que inexistindo a norma legal ou contratual que atribua ao contratante o direito de dissolver o contrato por sua exclusiva vontade, descabe a rescisão unilateral. A previsão legal do direito a rescisão poderá ser expressa ou implícita conforme dispõe o art. 473 do Código Civil vigente.

Podemos evidenciar algumas hipóteses expressas de rescisão unilateral: o adquirente de coisa locada pode denunciar a locação, a menos que do contrato registrado conste cláusula de vigência em caso de alienação (art. 576C.C.); o mandato cessa pela revogação do mandante ou pela renúncia do mandatário (art. 682, I C.C.); o passageiro pode desistir da viagem antes de iniciada, desde que comunique ao transportador, a tempo de viabilizar a renegociação da passagem (art. 740 C.C.).

Há também uma cláusula que propõe a suspensão do objeto do contrato, trata-se do art. 623C.C. do direito do dono da obra, que a qualquer momento, desconstituir o contrato de empreitada, mediante indenização do empreiteiro.

A rescisão²⁷ unilateral prevista contratualmente se sujeita às condições e induz as conseqüências livremente avençadas entre os contratantes. Assim a indenização poderá ou não ser devida, tudo dependendo do teor do contrato.

A resolução é a dissolução ocasionada pela inexecução das obrigações previstas no contrato. Não é a vontade das partes que desconstitui o vínculo contratual, mas o descumprimento deste. Mesmo quando a inexecução resulta da vontade do contratante inadimplente, como em geral se verifica, a dissolução do contrato não é produzida por esta.

Havendo o inadimplemento, a outra parte sempre pode preferir a execução específica em juízo à resolução (art. 475 C.C.). Quando o contratante inocente opta pela dissolução do contrato, o fundamento é a inexecução das obrigações contratadas. A causa da extinção, portanto, é bem diversa da que leva à rescisão.

A resolução é pertinente apenas à dissolução dos contratos bilaterais. Não é concebível a resolução de contrato unilateral posto que a inexecução da obrigação pressuporia a reciprocidade das prestações para desfazimento do vínculo contratual.

Curial é reproduzir o verbete "resolução" do Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, a esse respeito: "Do latim *resolutio*, de *resolvere* (resolver, deliberar, romper, rescindir, satisfazer, pagar), é empregado, na terminologia jurídica, em várias acepções".

É assim que, geralmente, é empregado no sentido de extinção ou de revogação, quando se refere aos direitos ou obrigações. E como dissolução, quando aplicado aos contratos. Juridicamente, a resolução tem a função de destruir ou desfazer os efeitos do contrato ou do ato jurídico.

Ocorre a resolução, geralmente, em face da inexecução das condições ou dos encargos, impostos ao contrato ou ao ato jurídico. E esta condição ou este encargo pode derivar-se de uma cláusula contratual, de uma imposição legal ou de uma decisão judicial.

A condição, que tem a força de resolver ou trazer resolução ao contrato ou ao ato jurídico, é precisamente qualificada de resolutive ou resolutória. Assim sendo, a resolução, juridicamente, não é a própria dissolução, anulação ou extinção.

É o modo ou o meio de dissolver, de anular ou de extinguir os contratos, os direitos ou as obrigações, quando não são cumpridos as condições ou os encargos, que são atribuídos às partes contratantes ou às pessoas. A dissolução, a anulação ou a extinção são efeitos que a resolução produz.

Nos efeitos legais, o termo final, em virtude do qual as obrigações ou os contratos, normalmente, se vencem e se dissolvem, exerce a função de resolução, acerca das obrigações ou contratos acessórios e fundados na obrigação ou no contrato principal. O termo final equipara-se à condição resolutive.

Já o conceito de resolução no Direito Administrativo, é a deliberação ou a determinação. Indica, assim, o ato pelo qual a autoridade pública ou o poder público toma uma decisão, impõe uma ordem ou estabelece uma medida.

Tem significação genérica, pois que atinge qualquer espécie de deliberação ou de determinação, baixada para ser obrigatoriamente cumprida ou geralmente acatada.

Em regra, as resoluções recebem qualificativas, segundo a origem ou o poder que as dita: resoluções legislativas, resoluções judiciais, resoluções do executivo, resoluções governamentais.

As resoluções são tomadas dentro da autoridade que se outorga ao poder, pelo que não estão subordinadas nem sujeitas à aprovação ou referenda de qualquer outro poder. É ato que se funda na própria atribuição conferida ao órgão ou representante do poder público.

Nesta razão, as resoluções entendem-se sempre atos de autoridade. E, em regra, dizem respeito a questões de ordem administrativa ou regulamentar. A resolução no sentido de ato formal de manifestação de vontade, como as resoluções dos órgãos legislativos (CF, art. 52) ou atos baixados por autoridades administrativas (Secretários de Estado, Corregedor) ou colegiados como (Conselhos do Ministério Público).

Como nos contratos unilaterais, apenas uma das partes tem obrigação, estando esta em mora, chega-se ao mesmo resultado econômico tanto o desfazimento do vínculo com pagamento indenizatório, como o cumprimento forçado do contrato.

A resolução é a dissolução do contrato bilateral em virtude de inexecução das obrigações contratadas. A resolução culposa tem causa o inadimplemento de obrigação contratada. E pode coincidir ou não com o vencimento da obrigação inadimplida.

O chamado adimplemento ruim entendida a entrega da prestação de modo incompleto ou defeituoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*), igualmente acarreta a resolução do contrato quando referente à obrigação principal. Também o adimplemento antecipado dá ensejo à resolução do contrato bilateral.

Caracteriza-se quando o contratante adota conduta que impossibilita desde logo o cumprimento da obrigação no vencimento. Assim, a resolução do contrato pode ser pedida mesmo antes de vencida a obrigação.

Como todo negócio jurídico, o contrato cumpre seu fatídico ciclo existencial que vai de seu nascimento com o advento do consentimento, desenvolve-se, e termina.

Normalmente, cessa com a prestação, a *solutio* é o que chamamos de sua morte natural, com a conseqüente liberação do devedor e satisfação do credor. Não importa analisarmos a natureza da solução que é tema mais propício ao direito das obrigações.

Por vezes, no entanto, dá-se a morte contratual de modo abrupto, posto que é fulminado pela declaração de sua invalidade, quando ocorre defeito na forma subjetiva, ou objetiva, ou formal travando assim o pleno desenvolvimento da declaração de vontade e a consecução de seus efeitos.

Ulhoa brilhantemente destaca que é implícita em todos os contratos bilaterais a cláusula resolutiva, mesmo na omissão do instrumento contratual. Na generalidade dos contratos, a resolução é convencional (ou seja, é expressamente prevista em cláusula resolutiva) ou judicial (quando é implícita).

Alude Caio Mário as causa de rescisão²⁸ e por motivos especiais⁶. Os contratos revogam-se por fraude contra credores, tanto no caso de insolvência quanto no de falência. Quando abordamos a teoria das arras que embora seja acessória, e de caráter penitencial, o que faculta ao arrependimento e o desfazimento do vínculo contratual mediante a perdas das arras ou de sua restituição em dobro.

Por outro lado, a impossibilidade da prestação tanto na obrigação de dar como na de fazer autoriza a resolução contratual com perdas e danos, se houver culpa do devedor ou sem ressarcimento se não a houver.

Em alguns contratos específicos, contudo, a resolução depende de interpelação judicial, isto é, faz-se mister a notificação, é o caso do compromisso de compra e venda (Lei 6.766/79 art. 32), o contrato de comercialização das unidades de condomínio edilício em construção (Lei 4.591/64, art. 63). A data em que se configura a resolução, nesses casos, mesmo que seja este posteriormente objeto de decreto judicial, é a do recebimento pelo contratante inadimplente da notificação cartorária.

Com o novo codex a resolução em vigor não é corolário necessário da inexecução culposa, mesmo que o contrato contemple condição resolutiva expressa². A alternativa de cumprimento forçado sempre está alcance judicial do adimplente.

A perda ou inutilidade da coisa derivada de fortuito ou força maior dá ensejo à extinção obrigacional. Mas há também a resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Em paralelo é curial mostrar que o caso fortuito e a força maior são escusativas de responsabilidade com a liberação do devedor. Salienta Caio Mário que caso fortuito é o acontecimento natural, ou o evento derivado de força da natureza ou fato das coisas.

Conceitua-se força maior²⁸ como o *damnum* originado por fato e outrem como a invasão de um território, guerra, revolução, motim, ato emanado por autoridade (*factum principis*), a desapropriação ou furto.

Não é qualquer acontecimento, mas somente aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação.

Ensina Arnaldo Medeiros da Fonseca que o fortuito tem sido definido pela doutrina de duas maneiras distintas. De um lado, a tendência subjetiva põe em *détriqué* a ausência de culpa do sujeito obrigado. Sempre que o fato jurídico danoso se verificar sem que o sujeito da relação obrigacional tenha culposamente concorrido para ele, há o fortuito.

De outro lado, a concepção objetiva, que busca elementos característicos próprios nos acontecimentos, abstraindo condições pessoais e diligência do obrigado e dando destaque à impossibilidade absoluta da prestação.

A distinção entre as duas fórmulas de conceituar o fortuito possui especial relevância conceitual. Quem parte da concepção subjetiva, considera a resolução por onerosidade excessiva uma espécie de fortuito. Para caracterizá-la, exige-se apenas a mudança nas condições econômicas do contratante de origem externa à sua vontade e, portanto, alheias a qualquer comportamento culposos em que pudesse ter incorrido.

Para Caio Mário, no entanto, a onerosidade excessiva²³ não se configura como caso fortuito ou força maior. O obstáculo ao adimplemento tem que ser alheio ao poder dos contratantes, oriundo da natureza ou de fato de terceiro.

Requer-se, ainda que seja inevitável. Mas, há doutrinadores que reforçam ainda mais as exigências e acrescentam a imprevisibilidade, o que Caio Mário repudia, pois se surgiu uma força indomável e inarredável e obsteu o cumprimento da obrigação, o devedor não responde pelo prejuízo.

Quem, porém, adota a concepção objetiva²⁴, como Arnaldo de Medeiros da Fonseca, não pode incluir a onerosidade excessiva entre as espécies de fortuito, e deve operar com duas causas diferentes para resolução involuntária.

Incorporado definitivamente pelo novo codex se encontra a teoria da imprevisão na disciplina da extinção do contrato. Para tanto é necessária a verificação de certos pressupostos, como a imprevisibilidade da mudança, a classificação do contrato como execução diferida ou continuada e outros.

O art. 478 C.C. disciplina apenas uma alternativa de resolução contratual na hipótese de onerosidade excessiva. A revisão eqüitativa das prestações, no entanto, não está apartada e nem mesmo na hipótese de o contratante ingressar com demanda pleiteando especificamente a resolução contratual²⁵.

A resolução não é modo de extinção dos contratos unilaterais. Pois a lei prevê expressamente a atenuação da obrigação originada com o objetivo de evitar a onerosidade excessiva (art. 480 C.C.).

Resolvido o contrato, procede-se conseqüentemente à sua liquidação, ou seja, à recomposição dos interesses dos antigos contratantes. E se desdobra em dois aspectos: a restauração do status quo ante, ou seja, da situação anterior ao contrato e a indenização dos prejuízos derivados da resolução contratual.

È verdade que a restauração do status quo ante em alguns casos não é possível, o que resultará necessariamente na indenização de perdas e danos bem como lucros cessantes.

Quando a resolução deve-se a inexecução culposa, a parte responsável pelo descumprimento contratual deve indenizar a outra, salvo se válida a cláusula de irresponsabilidade eventualmente disposta em contrato³.

Já na inexecução involuntária, não há cabimento de qualquer indenização posto que ninguém é culpado pela dissolução contratual. Mesmo ante a onerosidade excessiva, o contratante que poderia ser por esta beneficiado, não deve nenhuma indenização, a menos que tenha faltado com o dever de boa fé.

Na liquidação dos contratos redibidos, ou seja, em razão de vícios redibitórios, se o contrato é cível, é necessário pesquisar se o vício responsável pela dissolução era conhecido do alienante. Posto que desta forma, se caracterizaria em inexecução culposa e implicaria na obrigação de ressarcir perdas e danos; se desconhecido o vício, inexistente a obrigação.

Na liquidação de contrato de consumo redibido, assegura-se a indenização ao consumidor pelos danos sofridos sem indagar a culpa do fornecedor, (sob a égide da responsabilidade civil objetiva). Mesmo que involuntária a inexecução, a indenização será devida (art. 18, 20 do CDC).

A validade de cláusula de exclusão de responsabilidade pelo descumprimento obrigacional é objeto de vivaz polêmica tanto em doutrina como em jurisprudência. Como o fiel cumprimento dos contratos em geral é do interesse de toda sociedade, a nulidade da referida cláusula atende a imposição de ordem pública que naturalmente transcende aos interesses individuais dos contratantes.

Nos contratos entre iguais, as partes podem livremente pactuar a exoneração ou limitação da responsabilidade pela indenização no caso de inadimplemento das obrigações contraídas. Não é válida, porém, a cláusula¹ em destaque quando diz respeito à indenização devida como prestação (e, não como consequência) ou inserta em contrato entre desiguais, inclusive os de consumo (art. 51, I CDC).

Nas relações de consumo¹⁸, a referida cláusula é nula. A dissolução contratual pode ser parcial, mantendo-se alguma das obrigações contratadas e extinguindo-se outras. Pode ocorrer de rescisão ou de resolução, sujeita em cada caso, a requisitos próprios. A resolução poderá ser parcial desde que o contrato se refira as obrigações divisíveis.

Sobre a rescisão voluntária, é da sabença de todos que a vontade humana uma vez declarada em conformidade com a ordem jurídica é dotada de poder jurígeno, capaz de criar o contrato e, mesmo de desfazê-lo. A rescisão voluntária consiste na dissolução contratual mediante a vontade que a criara. E pode ser unilateral ou bilateral.

A rescisão bilateral ou distrato é prevista no art. 472 CC, é o contrario consensus dos antigos romanos gerando o contrato liberatório, também

chamado de mútuo dissenso. O referido acordo liberatório de adotar por dicção legal a mesma forma que se utilizou para contratar. E normalmente o distrato produz efeitos ex nunc.

A resilição unilateral ou denúncia possui nítido caráter de exceção. O comodato, o mandato, o depósito por sua própria etiologia admitem a resilição unilateral. Também os contratos de trato sucessivo ou de execução continuada por prazo indeterminado comportam a resilição unilateral⁹.

Os efeitos da resilição unilateral (denúncia) e da bilateral (distrato) diferenciam-se entre si. É o que bem expressa o art. 473 C.C. e, dependendo da natureza do contrato, a denúncia unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com o vulto dos investimentos aplicados.

Assim, caberá ressarcimento de perdas e danos⁸. Porém, não é qualquer contrato que está sujeito ao parágrafo único do art. 473 do C.C., pois existem contratos, como por exemplo, o mandato que por sua intrínseca natureza, comporta a resilição unilateral incondicional posto que baseado na confiança entre as partes contratantes.

Inclui-se na resilição unilateral a declaração unilateral de vontade, manifestada em função de cláusula ajustada em contrato bilateral. Apesar de haver notificação unilateral ocorre a cessação do contrato que é de efeito bilateral, o que levou certos doutrinadores a chamar tal resilição de convencional.

Já os contratos personalíssimos há possibilidade de extinção sem culpa, com a morte de quem se obrigou a cumpri-lo, gera automática resilição, também pode ser chamada de resilição convencional tácita posto que os contratantes avençaram cláusula implícita de extinção (Mazeaud et Mazeaud).

No antigo direito romano, narra Caio Mário, que havia na compra e venda uma cláusula a *lex commissoria* segundo a qual se operava a resolução contratual por falta de pagamento de preço. Nos contratos inominados, o pretor criou mais tarde uma *condictio*, pela qual o contratante se esquivava do prometido em face do descumprimento da outra parte.

Foi na Idade Média que a praxe finalmente inseriu em todos os contratos uma *lex commissoria* pactuando resolução por inadimplemento. E coube aos canonistas fazer seu fortalecimento por meio dos princípios morais em respeito à boa fé.

Os Códigos modernos adotaram a cláusula resolutiva tácita presente em todo contrato bilateral onde a inexecução de uma das partes tem como efeito facultar à outra promover a sua resolução, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação em, juízo, muito embora não tenham sido ajustadas tais consequências.

Grande controvérsia paira sobre o fundamento da cláusula resolutiva tácita¹. Alguns doutrinadores assentam na teoria da causa, sob a alegação de que nos contratos bilaterais, sendo a obrigação de uma parte a causa da outra, e vice-versa, o seu descumprimento gera a resolução do contrato.

A explicação não compraz, pois a cláusula resolutiva tácita não é incompatível com os sistemas não causalistas (como o brasileiro) posto que o credor pode exigir do devedor a execução específica do obrigado, ao invés da resolução contratual.

Por outro lado, se a causa é erigida em elemento do negócio contratual, sua falta gera a nulidade e, não a resolução. Para Picard e Prudhomme seu fundamento é a equidade que se compadece com a execução do contrato quando ocorre desequilíbrio gerado pela inexecução.

A teoria da cláusula remonta a interdependência das prestações, desde que expressa como resolução como inexecução de um dos contratantes como conseqüência natural. Quanto à atuação da cláusula resolutiva tácita, dois entendimentos doutrinários desenham suas respectivas repercussões legislativas.

O primeiro é do direito alemão capitaneado pelo BGB § 326: “nos contratos bilaterais, um dos contratantes pode assinar ao outro, que esteja em mora, prazo para efetuar a prestação que lhe compete, sob pena de recusá-la, após sua expiração, resolvendo o contrato ou exigindo a reparação das perdas e danos”.

No sistema alemão é desnecessário o pronunciamento judicial, operando-se ex lege a cláusula tácita a resolução do ajuste, mediante a atuação direta do próprio interessado.

O segundo entendimento corresponde ao sistema francês (ao qual nos filiamos): “descumprindo o contrato bilateral, abre-se uma alternativa ao lesado para exigir a sua execução ou resolve-lo com perdas e danos”. Mas não cabe a atuação direta do interessado. Somente é admissível a resolução mediante sentença, em que o juiz aprecia a conduta do contratante acusado.

Por esse sistema, o interessado não tem direito à resolução automática da avenca, porém a legitimidade ad causam para iniciar o processo judicial visando esse objetivo. Indo mais além, o Código Civil francês concede ao juiz a faculdade de oferecer ao contratante-réu um prazo, conforme as circunstâncias.

Inclinou-se o Código Civil pátrio pela orientação francesa que mais se afina com os princípios dominantes em nosso direito anterior. Desta forma, a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a resolução contratual com perdas e danos (art. 475 C.C.).

Salienta o art. 474 C.C. que a condição resolutiva tácita¹⁸ depende de interpelação judicial com a fixação de prazo para que a parte faltosa efetue a prestação devida, sob pena de resolução contratual.

Caio Mário aplaude nosso sistema vigente, mas sublinha que os freqüentes descontentamentos fazem que as partes ajustem que diante da inexecução da obrigação imposta é cabível a resolução de pleno direito. É a ressuscitação da antiga *lex commissoria* que opera a ruptura do vínculo contratual como conseqüência da vontade criadora do contrato, diante da cláusula resolutiva expressa.

Todavia, se o contratante descumpre a obrigação na forma e no tempo ajustado, resolve-se automaticamente a avenca sem a necessária interpelação do contratante faltoso (arts. 474 e 128 do C.C.). É um efeito da *mora ex re* nas obrigações líquidas a prazo certo que opera a resolução e, ainda sujeita o inadimplente às perdas e danos.

A resolução pleno iure⁴ do contrato sem a devida proteção dos economicamente débeis tem sugerido ao legislador pátrio a sua proibição quando interfere na economia popular (Dec-Lei 58/1937, Lei 6.766/79 onde a interpelação é sempre necessária; ou na venda com reserva de domínio, em que o protesto do título cambial é requisito essencial da ação de apreensão da coisa - art. 1.071 CPC).

Não se confunde aduz Caio Mário a resolução contratual por cláusula resolutiva tácita (ou expressa) com a declaração de nulidade ou anulabilidade do contrato. É certo que a resolução pressupõe um negócio jurídico válido. E se é certo que a resolução opera-se retroativamente, não faz abstração do negócio jurídico desfeito.

É que nos contratos de trato sucessivo não se restituem as prestações já efetuadas (art. 128 C.C.) e nas demais, não se entrega a coisa devida (res debita) posto que a relação jurídica contratual deixa de existir.

Mas aquele que dá causa a resolução contratual arcará com as perdas e danos, ou com a cláusula penal estipulada⁵.

Diferentemente se dá com a ineficácia, pois pressupõe uma declaração de vontade inoperante, ou um defeito de ordem formal e. o desfazimento opera-se *ex tunc*, fulminando desde a origem (nulidade); ou *ex nunc* (anulabilidade) atingindo-se a partir da sentença, mas sem sujeitar qualquer dos contratantes a perdas e danos ou à multa convencional.

A *exceptio non adimpleti contractus* é uma defesa¹⁰ oponível pelo contratante demandado em face do inadimplente tendo em vista a interdependência das prestações no contrato. É expressa no art. 476 do C.C. e, também, o BGB expede regra análoga, mas a regra vigora como decorrência natural do contato sinalagmático.

A *exceptio*⁷ é causa impeditiva de exigibilidade da prestação por parte daquele que não efetuou a sua, franqueando ao outro uma atitude de justa expectativa, enquanto aguarda a normal execução do contrato.

Vige enorme controvérsia sobre a origem desta. Frederic Girar, exímio romanista defende sua origem romana, porém Cassim, em monografia específica ao tema, atribui aos canonistas a criação. É certo que nos contratos *bonae fidei* ao contratante acionado pelo não adimplemento reconhecia uma *exceptio doli* que seria um germe da *exceptio non adimpleti contractus*.

É instituto desenvolvido e dotado de efeitos específicos e, Serpa Lopes apud Caio Mário também atribui aos canonistas a criação da *exceptio*. Assim, se um dos contratantes não cumpre de forma completa a prestação pode o outro lhe opor em defesa esta exceção levada ao extremo de recusar a coisa devida, é a *exceptio non adimpleti rite contractus*¹⁶, onde há inexatidão do implemento da outra parte equivale à falta de execução desta.

Animado o instituto pela equidade, e pela boa fé, não pode este se erigir em pretexto para descumprimento contratual. Se ambas prestações têm de ser realizadas sucessivamente.

Não cabe invocar a *exceptio*¹⁶ por parte quem deveria em primeiro lugar adimplir, pois que a prestação do outro não é devida; mas ao que tenha que presta-la em segundo lugar, cabe o poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir sua parte.

O art. 475 C.C. autoriza o contratante que deveria em primeiro lugar adimplir o direito de recusar-se a prestar, se depois de concluído o contrato, sobrevier ao outro contratante alteração econômica capaz de comprometer ou tornar pelo menos duvidosa a prestação a que se obrigou. Cinge-se como medida excepcional¹⁵, pois que ajustadas as prestações combinadas. Não há prefixação de garantia que tanto pode ser fidejussória como real. Uma vez que prestada a caução esta caduca com a prestação devidamente cumprida.

Já a resolução por onerosidade excessiva¹⁹ entende Caio Mário é uma decorrência natural do contrato, pois em todo contrato há previsão e margem de lucro e prejuízo. O direito não pode restar insensíveis às vicissitudes que constringidas ao lícito, podem afetar a execução do contrato.

A teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*²⁰ e consiste resumidamente, em presumir nos contratos comutativos, uma cláusula a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientais se conservem inalteradas no momento de execução contratual, posto que idênticas àquelas que vigoraram no momento da celebração do contrato.

A Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918) trouxe grande abalo e desequilíbrio nas relações contratuais de longo prazo e, em razão disso, votou

a França a Lei Faillot de 21/01/1918 sobre os contratos de fornecimento de carvão, concluídos antes da guerra; ao mesmo tempo na Inglaterra, estabeleceu-se a doutrina Frustration of adventure; e na Itália retomou-se a cláusula rebus sic stantibus, reconstituindo-se em toda parte, a proteção do contratante contra a onerosidade excessiva superveniente, o que pendeu peculiar princípio da justiça no contrato¹⁷.

Inúmeros doutrinadores são defensores ferrenhos da teoria da imprevisão, mas nem sempre foi assim, e seu paladino foi Jair Lins. No Brasil, a teoria da imprevisão primeiramente foi ovacionada pela douta jurisprudência e, bem depois, consagrada no direito positivo²¹.

Apesar de que o CDC em seu art. 6, V já tinha resolvido sobre a incidência da chamada teoria da imprevisão²² no direito brasileiro e, o Código Civil de 2002 aplacou de vez o busilis ao disciplinar expressamente a resolução por onerosidade excessiva nos seus arts. 478 a 480.

Não se justifica a apreciação subjetiva ao desequilíbrio das prestações²⁶, porém com a ocorrência de fato extraordinário que opera mutação ambiente objetiva, de forma que o cumprimento contratual se impossibilite e acarreta de um lado o enriquecimento de uma parte e, simultaneamente o empobrecimento da outra.

É curial a apuração de certos requisitos: a vigência de contrato de execução diferida ou continuada; a radical alteração das condições econômicas objetivas no momento da execução em confronto com as existentes no momento de celebração do contrato; onerosidade excessiva para um e benefício exagerado para outro; a imprevisibilidade daquela drástica modificação econômica.

Nunca haverá aplicação da teoria da imprevisão nos casos onde há onerosidade excessiva provém de alea normal e não de acontecimentos imprevistos bem como nos contratos aleatórios.

Notas e observações:

REFERÊNCIAS PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Volume III, Rio de Janeiro, Forense, 2005. 12ª. edição. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: direito das obrigações: parte especial, volume 6, tomo I (série Sinopses Jurídicas), contratos, São Paulo, Saraiva, 2004, 7ª. Edição. SIMÃO, José Fernando. Direito civil: contratos. v.5, (Série Leituras Jurídicas) São Paulo, Atlas, 2005. ULHOA, Fábio Coelho. Curso de Direito Civil. V.3, contratos, São Paulo, Saraiva. E SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro, Forense, 2001. Adendos para o texto Arras 1. Quanto à cláusula resolutiva expressa ou comissória, o Código Civil de 1916 manteve-se fiel à origem romana que a concebia somente como benefício concedido ao vendedor, no contrato de compra e venda. Diferentemente da legislação italiana que a admite em benefício de qualquer das partes. 2. O art. 474 do C.C. estipula in verbis: "A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito, a tácita depende de interpelação judicial". 3. Carlos Roberto Gonçalves alude que andou bem o legislador do Código Civil de 2002 pois suprimiu a referência que havia à condição resolutiva

tácita, por não se tratar propriamente de condição em sentido técnico, considerando-se que esta só se configura se aposta ao negócio jurídico. E com amparo de José Carlos Moreira Alves enfatiza que a chamada condição resolutiva expressa é juridicamente condição e como qualquer outra opera-se de pleno direito. 4. Referindo-se ao compromisso de compra e venda com cláusula resolutiva expressa, confessa Orlando Gomes que não se rompe unilateralmente sem intervenção judicial. Há de se pedir a resolução posto que sem a sentença resolutória, o contrato não se dissolve. 5. Pensando diferentemente temos José Osório de Azevedo Junior que declara que haja não cláusula resolutiva expressa, impõe-se a manifestação judicial para resolução do contrato. No mesmo sentido flui a jurisprudência pátria dominante. 6. As causas supervenientes a dissolução do contrato são: resolução (voluntária, involuntária ou por onerosidade excessiva); a resilição (unilateral ou bilateral ou distrato); morte de um dos contratantes no contrato intuitu personae; rescisão(modos específicos de extinção de certos contratos). 7. A extinção contratual mediante resolução tem como causa a inexecução ou descumprimento por um dos contratantes. Na lição de Orlando Gomes é um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial seja mediante o inadimplemento voluntário culposo ou não. 8. Na inexecução culposa o inadimplente sujeita-se ao pagamento de perdas e danos e da cláusula penal pactuada, que será compensatória havendo total inadimplência, ou será moratória(que é para evitar o retardamento do adimplemento) conforme prevê os arts. 475 e 409 a 411 do C.C. 9. No entanto, a resolução perante contrato de trato sucessivo como o transporte ou locação, a resolução não produz efeito com relação ao passado, não se restituindo as prestações cumpridas. Dá-se o efeito ex nunc. 10. Entre as defesas possíveis do devedor no contexto da resolução temos tanto a defesa de direito material como a de natureza processual; poderá alegar que o contrato não é bilateral, ou não é sinalagmático, pode justificar-se como inerte em face da exceptio non adimpleti contractus, a prescrição do direito de crédito, da violação da cláusula rebus sic stantibus. 11. Outras defesas são bem lembradas por Ruy Rosado de Aguiar tais como: renúncia, pelo credor, após inadimplemento do devedor, ao exercício do direito de resolução, de modo expresso ou implícito; mora do credor; inadimplemento simultâneo; impossibilidade temporária, exigência abusiva do credor e, etc... 12. A regra recomenda que se preserve o contrato, passível do credor insatisfeito cobrar judicialmente o que lhe é devido. É por essa razão que na legislação estrangeira, em particular no trato internacional e na mais recente doutrina nacional tem-se admitido o adimplemento substancial como impeditivo da extinção do contrato. (STJ, Resp. 226.283-RJ, 4ª. T. Voto-vista proferido pelo Ministro Rosado Aguiar, DJU 27.8.2001). 13. Assevera Sílvio Rodrigues que a exceptio deve ser alegada não apenas nas avenças sinalagmáticas mas sobretudo nas que haja prestações recíprocas e simultâneas. 14. Não prescinde da boa fé a aplicação da exceptio non adimpleti contractus e, deve levar em conta a diversidade das prestações. 15. A exceção é de direito material constituindo defesa indireta contra a pretensão ajuizada. 16. Se um dos contraentes apenas cumpriu apenas parcialmente a obrigação ou ainda de forma defeituosa, cabível é a oposição da exceptio non rite adimpleti contractus. Difere da outra exceptio non adimpleti contractus onde se dá a total inexecução contratual embora que na prática a primeira exceptio seja abrangida pela segunda. 17. A cláusula solve et repete pela qual obriga-se o contratante a cumprir a obrigação, mesmo diante do descumprimento da do outro resignando-se a posteriori, a voltar-se contra o inadimplente para judicialmente cobrar-lhe perdas e danos. Importa em renúncia ao direito de opor a exceção do contrato não cumprido. 18. Na sábia dicção de Messineo, a cláusula solve et repete ou exceptio solutionis limita a oposição das exceções por descumprimento tanto a non adimpleti contractus como a non rite adimpleti contractus. É caso de renúncia contratual por parte do devedor, tal cláusula não é muito comum no meio negocial, todavia se encontra em alguns contratos

administrativos para proteger a Administração Pública. Nas relações consumeristas deve ser evitada tendo em vista a virtual nulidade desta prevista no art. 51 do CDC.

19. A inexecução voluntária superveniente ao contrato deverá ser objetiva e, gerar impossibilidade total e definitiva.

20. Informa Othon Sidou que o princípio que mais tarde serviu de base para teoria da onerosidade excessiva já existia há mais de um milênio antes de Roma, no art. 48 do afamado código Hamurabi.

21. Posteriormente, surgiu a teoria da desapareição formulada por Oertmann e divulgada por Larenz assim resumida: "Por base de negócio, a esses efeitos, se há de entender as representações dos interessados ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de que essas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base do contrato, como por exemplo, a igualdade de valor, em princípio, de prestação e contraprestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão das mercadorias e outras circunstâncias semelhantes."

22. A teoria da imprevisão foi entre nós adaptada e difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca a quem coube batizá-la de teoria de imprevisão. E devido à ferrenha resistência encontrada no meio doutrinário, Arnaldo aderiu à inclusão do requisito imprevisibilidade.

23. Embora a resolução por onerosidade excessiva se assemelhe ao caso fortuito ou força maior pois em ambos casos dependam de evento futuro e incerto, o que acarreta a exoneração do cumprimento da obrigação, difere deste pela impossibilidade da prestação.

24. A teoria da imprevisão deveria representar, a priori, pressuposto necessário da revisão do contrato e não da resolução deste.

25. Ruy Rosado Aguiar Junior, observa que as cláusulas gerais tratadas pelo novo codex permitem ao intérprete encontrar fundamentação para modificação ou extinção do contrato em razão de fato superveniente, de forma que o contrato não traia sua função social, nem as regras de boa fé e nem signifique o enriquecimento indevido de uma das partes.

26. Os casos de revisão do contrato foram contemplados no art. 317 do C.C.

27. A rescisão deriva unicamente da manifestação de vontade pode ser bilateral ou unilateral. Sublinhe-se que "resilir" significa "voltar atrás". A rescisão unilateral independe de pronunciamento judicial e produz efeitos ex nunc. É declaração receptícia de vontade e, a priori, não precisa ser justificada.

28. A rescisão deve ser utilizada terminologicamente nas hipóteses de dissolução contratual onde ocorreu lesão (art. 157 C.C.) ou estado de perigo (art. 158 C.C.). Convém salientar que o art. 178, II C.C. declara ser anulável o contrato celebrado em estado de perigo ou em lesão.

LEITE, Gisele. **Arras e extinção do contrato**. Disponível em: <<http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=2&SubSecao=1&ConteudoID=000340&SubSecaoID=1>>. Acesso em: 01/07/2006.