

A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO POSITIVA DE RISCO NOS CONTRATOS

THE EXPLICIT RESOLUTIVE CONDICTION AS INSTRUMENT OF POSITIVE ALLOCATION OF RISKS IN CONTRACTS

Aline Miranda Valverde Terra*

Paula Greco Bandeira**

RESUMO: O contrato revela-se como instrumento de gestão dos riscos econômicos que atingem a sua execução, notadamente os riscos econômicos supervenientes. Esta alocação de riscos permitirá o estabelecimento das responsabilidades das partes contratantes. O artigo pretende, com base no método lógico-indutivo, demonstrar que tal gestão pode ser positiva, mediante a distribuição dos riscos econômicos previsíveis nas cláusulas contratuais; ou mesmo negativa, por meio de lacunas, que serão posteriormente preenchidas de acordo com o procedimento previsto no contrato. No âmbito da gestão positiva, intenta-se comprovar que a cláusula resolutiva expressa, que faculta às partes a extinção do contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário, encerra importante mecanismo de controle dos riscos.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula resolutiva expressa. Contrato incompleto. Gestão positiva de riscos contratuais.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A gestão positiva e negativa dos riscos no contrato. 2 A cláusula resolutiva expressa como mecanismo de gestão positiva dos riscos. Conclusão. Referências Bibliográficas.

ABSTRACT: The contract is a mechanism of distribution of economic risks which affect its performance, mainly the supervening economic risks. That allocation of risks allows the definition of contractual parties' responsibilities. This paper aims to prove that the distribution of risks may be positive, by sharing the predictable economic risks in the contractual clauses; and may be negative, by leaving gaps which will be filled in the future, according to the proceeding foreseen in the contract. Within the positive allocation of risks the paper intends to demonstrate that the explicit resolutive condition constitutes an important mechanism of allocation of risks, since it consents the parties to extinguish the contract independently of judicial dispute resolution.

KEYWORDS: Explicit resolutive condition. Incomplete contract. Positive allocation of contractual risks.

93

INTRODUÇÃO

A escalada da complexidade dos arranjos obrigacionais, somada ao crescente incremento dos riscos a que os contratantes estão sujeitos, impacta decisivamente na regulamentação, sempre mais detalhada, dos interesses dos contratantes. Abre-se, assim, à autonomia privada amplo espectro de atuação, sendo-lhe franqueado lançar mão de todos os mecanismos oferecidos pelo ordenamento jurídico para minorar os riscos a que os atores negociais estão expostos. Apesar da reconhecida relevância prática da matéria, encontram-se

* Doutora e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED-UERJ). Coordenadora editorial da Revista de Direito Civil (RBDCivil).

** Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do curso de Pós-Graduação em Direito Civil Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED-UERJ). Membro do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil). Advogada.

poucos estudos específicos a respeito, a impor a inadiável tarefa de delimitação dos riscos a que os contratantes estão sujeitos, bem como dos mecanismos que a ordem jurídica lhes oferece para geri-los, a fim de que seus interesses sejam atendidos da forma que lhes afigure mais conveniente *in concreto*. Nessa direção, pretende-se esboçar algumas linhas acerca do tema, a partir da metodologia civil-constitucional, atenta à função dos fatos jurídicos.

Entendido como a consequência econômica de um evento incerto, ou a plausibilidade de prejuízo financeiro proveniente de acontecimentos incertos, o risco sempre esteve vinculado ao resultado dos pactos (FEITOSA, 2013). Ao contratar, as partes ignoram as vicissitudes que podem atingir o contrato, e desconhecem se o seu desfecho lhes 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. A fim de gerir essas superveniências, o Código Civil dispõe de diversos dispositivos, que partilham entre as partes, de forma supletiva, os riscos contratuais.

Nessa esteira, citam-se, a título ilustrativo, os seguintes artigos do Código Civil: o artigo 234, que determina a resolução da obrigação de dar coisa certa caso a coisa se perca sem culpa do devedor, atribuindo-lhe, por outro lado, responsabilidade pelo equivalente, mais perdas e danos se a perda decorrer de culpa sua; o artigo 246, que atribui ao devedor a responsabilidade pela deterioração ou perda da coisa antes da escolha nas obrigações de dar coisa incerta; o artigo 248, segundo o qual a obrigação de fazer se resolve se a prestação do fato se tornar impossível sem culpa do devedor, respondendo, todavia, por perdas e danos se incorrer em culpa; o artigo 393, que afasta a responsabilidade do devedor pelos danos provenientes de caso fortuito ou força maior; o artigo 399, que atribui ao devedor em mora a responsabilidade pelos prejuízos advindos do caso fortuito ou força maior; o artigo 441, segundo o qual o credor pode enjeitar a coisa por vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada ou lhe diminuam o valor; o artigo 442, que confere ao credor a opção de, em vez de rejeitar a coisa, recebê-la com abatimento do preço; o artigo 447, que atribui ao alienante os riscos decorrentes da evicção; e o artigo 478, de acordo com o qual, se acontecimentos extraordinários, imprevisíveis e alheios aos contratantes acarretarem excessiva onerosidade da prestação para uma parte e extrema vantagem para a outra, o contrato poderá ser resolvido pelo devedor; dentre vários outros específicos de certos tipos contratuais.

Todas essas regras visam disciplinar dois tipos de risco contratual, sistematizados por Guido Alpa da seguinte forma: (i) o risco de incumprimento, quando a prestação não é adimplida por culpa do devedor, por fato de terceiro, por fato do príncipe ou por caso fortuito; e (ii) o risco econômico, relacionado à diminuição da satisfação econômica do negócio, pela preexistência ou superveniência de circunstâncias previstas, previsíveis ou não previstas e imprevisíveis que, conquanto não conduzam ao inadimplemento em sentido técnico, desorganizam a economia originária do negócio. Apesar da distinção conceitual em abstrato, tais riscos se encontram entrelaçados *in concreto* (ALPA, 1989, p. 1146).¹

Os artigos do Código Civil, acima referidos, voltados à gestão de riscos – repita-se – contemplam regras meramente supletivas: partilham e disciplinam os riscos no silêncio das partes, a fim de colocar um ponto final nos "estados contratuais alterados" (PROENÇA, 2006, p. 64). Por outro lado, os contratantes, no exercício de sua autonomia privada, podem valer-se do contrato, instrumento vocacionado à gestão de riscos nas operações negociais, para distribuir, de forma diversa, os resultados positivos e negativos dele decorrentes, de modo a atender mais eficazmente aos seus interesses. As partes anteveem, no momento da celebração do contrato, os riscos passíveis de atingir o negócio, e os alocam entre si, de sorte que cada um, ao assumi-los, passa a responder por suas consequências econômicas.

Como observa Trimarchi, por meio do contrato, as partes são capazes de se assegurar do empenho da outra para a consecução de resultado útil programado, e distribuir, entre elas, os riscos das dificuldades e dos imprevistos inculpáveis que possam turbar a atuação do programa contratual. De acordo com o autor, esses dois aspectos, empenho e garantia contra riscos inculpáveis, podem se apresentar e se combinar de diversas formas nos variados arranjos contratuais. A determinação do esforço devido e a distribuição dos riscos inimputáveis não podem ser reconduzidas a critério abstrato e objetivo; mister analisar o concreto regulamento de interesses, com o propósito de dar atuação ao programa contratual construído pelas partes a partir de suas próprias avaliações e conveniências (TRIMARCHI, 2008).

¹ No original: “a) il rischio dell’inadempimento, quando una delle prestazioni non viene eseguita per fatto volontario o colposo del debitore, per intervento di terzi, per factum principis o per caso fortuito; b) il rischio della diminuita soddisfazione economica dell’affare, per la preesistenza o la sopravvenienza di circostanze, previste, prevedibili o non previsti e non prevedibili che non comportano inadempimento in senso tecnico, ma sconvolgimento dell’economia originaria dell’affare. In astratto questi due diversi tipi di rischio, concettualmente distinti, sono agevolmente riconoscibili, In concreto no; essi sono intrecciati sia nella realtà effettuale, sia nella dinamica dello stesso contratto, sia nella dinamica processuale” (ALPA, 1989, p. 1146).

Os contratantes podem, então, alocar de forma diversa os riscos relativos ao inadimplemento, aqueles inerentes à álea normal de certo tipo contratual, ou podem gerir riscos ordinariamente qualificados como extraordinários, ampliando a álea normal do negócio em relação à parte que assume esses riscos, com sua respectiva diminuição para o outro contratante (DELFINI, 1999, p. 92).

Nessa direção, atribui-se ao contratante a responsabilidade pelas consequências deflagradas pelo implemento de determinado fato superveniente previsível, cuja ocorrência, no momento da contratação, era incerta (*rectius*, risco). A verificação do risco repercutirá, assim, na esfera jurídica dos contratantes, desencadeando as responsabilidades definidas no contrato, com impacto na relação contratual e na economia das partes. À guisa de exemplo, em contrato de empreitada, pode-se atribuir ao empreiteiro a responsabilidade por determinados riscos geológicos que, uma vez verificados, poderão atrasar a conclusão da obra. Neste caso, os prejuízos econômicos daí decorrentes hão de ser suportados pelo empreiteiro, que se responsabiliza notadamente pelos danos sofridos pelo dono da obra. Ou, ainda, em contratos de compra e venda de energia, a comercializadora, que se compromete a entregar determinada quantidade de energia aos compradores, responde pela sua escassez, devendo comprar a energia no mercado para atender aos compromissos assumidos.

A alocação dos riscos econômicos deve ser identificada no caso concreto, de acordo com o específico regulamento de interesses. Deste modo, mostra-se possível alargar a responsabilidade dos contratantes, imputando-lhes risco maior do que aquele comumente assumido em determinado tipo contratual. No mencionado exemplo do contrato de empreitada, as partes podem atribuir ao empreiteiro a responsabilidade pelas chuvas abundantes que atrasem o cronograma da obra, ainda, que, normalmente, as chuvas configurem fortuito ou força maior, que afastaria a responsabilização do contratante.

A partir da alocação de riscos estabelecida pelas partes, define-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade ou correspectividade entre as prestações, a qual revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação traduz o equilíbrio intrínseco do concreto negócio e, por isso mesmo, há de ser perseguida pelas partes.²

² A ideia de equilíbrio contratual se aproxima da noção de sinalagma funcional a que a doutrina faz, didaticamente, referência. Como explica BIANCA a respeito do conceito de sinalagma funcional: “A correspectividade entre as prestações significa que a prestação de uma parte encontra remuneração na prestação da outra. (...) A correspectividade comporta normalmente a interdependência entre as prestações. A interdependência exprime, em geral, o condicionamento de uma prestação a outra. Ao propósito, é feita uma

Daí afirmar-se que o conceito de risco contratual se relaciona diretamente com o de equilíbrio, tendo em conta que as partes estabelecem negocialmente a repartição dos riscos como forma de definir o equilíbrio do ajuste (BESSONE, 1969, p. 2 e ss). Ao se perquirir a alocação de riscos estabelecida pelos contratantes, segundo a vontade declarada, o intérprete deverá atentar para o tipo contratual escolhido e para 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 de 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 ao empresário do que a indivíduo que não seja *expert* em determinado setor (BESSONE, 1969, p. 39). Ou, ainda, imputar a responsabilidade ao contratante pelo risco inerente à atividade econômica por ele regularmente desenvolvida. Deve-se, também, observar se há cláusula limitativa ou de exclusão de responsabilidade, bem como o sistema de responsabilidades que decorrem da interpretação sistemática e teleológica das cláusulas contratuais (ALPA, 1989, p. 1158).³

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. Afinal, a repartição dos riscos traduzirá a finalidade almejada pelos contratantes com o concreto negócio, os quais buscam satisfazer os seus interesses por meio daquela específica alocação de riscos.

A alocação de riscos no contrato revela, portanto, o equilíbrio econômico do negócio perseguido pelas partes e mediante o qual os contratantes visam a concretizar seus objetivos econômicos. Tal repartição de riscos insere-se, assim, na causa concreta do contrato, isto é, nos efeitos essenciais que o negócio pretende realizar, ou, em outras palavras, na sua *função*

distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional. (...) O sinalagma funcional indica a interdependência entre as prestações na execução do contrato, no sentido de que uma parte pode se recusar a cumprir a prestação se a outra parte não cumpre a sua própria (exceção de contrato não cumprido: art. 1460 cc) e pode ser liberada se a contraprestação se torna impossível por causa não imputável às partes (1453, cc)” (BIANCA, 1987, p. 488; tradução livre).

³ Sobre o tema, o autor passa em revista critérios que devem orientar o juiz na repartição dos riscos, dentre os quais o exame da qualidade das partes; da prestação (fungível, infungível etc.); e da função econômica do negócio.

econômico-individual ou *função prático-social*, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes, seus interesses perseguidos *in concreto*, com base na qual se interpreta e se qualifica o negócio, em procedimento único e incindível. Como observou Francesco Camilletti, o equilíbrio contratual se expressa não em termos objetivos de valores, mas corresponde à finalidade almejada pelos contratantes ou ao interesse que pretendem realizar com o sinalagma ou à correspectividade entre as prestações (CAMILLETTI, 2004, p. 44).⁴

Deve-se, portanto, averiguar a finalidade do sinalagma ou da correspectividade *in concreto*, que tem por escopo satisfazer aos interesses dos contratantes. A alocação de riscos – insista-se – insere-se na causa do negócio, isto é, nos efeitos essenciais perseguidos pelos contratantes com vistas ao atendimento de suas pretensões. Em definitivo, há de se prestigiar a repartição dos riscos estabelecida pela vontade negocial, que traduz o equilíbrio do negócio, impedindo-se que o intérprete refaça a valoração do risco já efetuada pela autonomia privada.

1 A GESTÃO POSITIVA E NEGATIVA DOS RISCOS NO CONTRATO

98

Os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares hão de ser previsíveis, de modo a que se possa atribuir a um ou outro contratante os efeitos de sua verificação. Ao ser repartido entre os contratantes, o risco previsível passa a integrar a álea normal do contrato.

A álea normal, por traduzir, na linguagem vulgar, o *risco do negócio*, de natureza previsível, será necessariamente objeto de gestão pelos particulares nas contratações. Vale dizer: a autonomia privada, diante de determinada operação econômica que se protraí no tempo e se caracteriza pela incerteza dos resultados econômicos, irá celebrar contrato que discipline tal operação, de modo a alocar os riscos econômicos entre os contratantes.

A alocação dos riscos econômicos previsíveis equivale à distribuição dos ganhos e das perdas econômicas entre as partes, que irá se operar por ocasião da verificação do evento (*rectius*, implemento do risco). De fato, os riscos econômicos atingem as prestações

⁴ Elucida o autor: “em linha teórica e geral, pode-se continuar a sustentar a subsistência, em nosso ordenamento, de um princípio que tende a se desinteressar pelo equilíbrio contratual compreendido como correspondência de valores (objetivos) entre as prestações trocadas, tal sendo a consequência lógica do reconhecimento da autonomia privada como instrumento para a atuação da liberdade de iniciativa econômica. (...) o legislador, portanto, se absteve de considerar a validade do contrato com base em valorações quantitativas do sinalagma, tendo, ao revés, deslocado a própria valoração sobre a função teleológica da correspectividade, que é aquela destinada a satisfazer os interesses de ambas as partes, às quais apenas compete estabelecer quais valores econômicos atribuir às prestações que satisfazem aos seus interesses” (CAMILLETTI, 2004, p. 44; tradução livre).

contratuais, desequilibrando a equação econômica do contrato, sendo, caso previsíveis, objeto de gestão pelos contratantes.

Por outras palavras, as partes, ao celebrarem contratos de longa duração, que disciplinam complexas operações econômicas, desconhecem o resultado econômico final do negócio e não têm certeza quanto às superveniências ou riscos econômicos que poderão se verificar no decorrer da sua execução, os quais, uma vez implementados, acarretarão ganhos econômicos para um contratante e perdas para o outro.

Nesse cenário, os particulares, no momento da assinatura do contrato, antevêm os possíveis riscos econômicos relacionados à contratação e alocam esses riscos entre os contratantes, de modo que cada parte assume determinado risco e responde pelas suas consequências. As perdas e ganhos econômicos decorrentes do implemento do risco previsível (i.e., *álea normal*) encontram-se, nessa direção, distribuídos entre os contratantes no próprio regulamento contratual (GALLO, 1992, p. 210).⁵

Aludida *álea normal*, objeto de gestão pelos particulares, há de ser compreendida, do ponto de vista técnico, como o risco externo ao contrato, o qual, embora não integre a sua causa, mantém com ela *relação de pertinência*, por representar o risco econômico previsível assumido pelos contratantes ao escolher determinado tipo ou arranjo contratual. A definição da *álea normal* irá se operar no concreto regulamento de interesses, mostrando-se possível que determinado evento previsível não se insira na *álea normal* e, portanto, não figure como fato previsto, objeto de gestão pelas partes. Por outro lado, as partes poderão alargar a *álea normal*, incluindo na gestão do risco eventos previsíveis que ordinariamente não sejam associados à determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários).

Assim sendo, embora a *álea normal* consista em risco externo à causa dos contratos, a sua gestão pelos particulares constitui efeito essencial que os contratantes objetivam realizar. Por outras palavras, a gestão da *álea normal* integra a causa dos contratos. Essa gestão ou alocação de riscos econômicos previsíveis (*rectius*, *álea normal*) poderá se revestir de duas formas: (i) positiva; ou (ii) negativa.

⁵ Sublinha, ao propósito, Paolo Gallo: “se, de fato, o evento é previsível, é lícito considerar que as partes o levaram em conta na elaboração do contrato, na calibração dos respectivos direitos e ônus; é, portanto, possível pensar que esse tenha feito parte da economia geral do negócio. (...) Bem diversa, ao revés, é a questão se o risco não é previsível. A imprevisibilidade da superveniência implica, com efeito, que as partes não possam tê-la levado em conta na calibração dos respectivos direitos e ônus”, GALLO, 1992, p. 210; tradução livre).

A *gestão positiva* dos riscos econômicos previsíveis – álea normal dos contratos – se configura mediante a distribuição dos riscos entre os contratantes nas cláusulas contratuais, determinando-se, no concreto regulamento contratual, a quem cabem os ganhos econômicos e as perdas resultantes da verificação do risco.

Deste modo, as partes, ao distribuírem os riscos econômicos previsíveis a partir das cláusulas contratuais, procedem à *gestão positiva da álea normal*. Aludida alocação de riscos, que será identificada com base na vontade declarada⁶ pelos contratantes, estabelece o equilíbrio econômico do negócio. Tal equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações, deve ser observada no curso da relação contratual, em atenção aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio dos contratos.

Ao lado da gestão positiva da álea normal, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis. Surge, então, a figura do contrato incompleto, consistente, em linhas gerais, em *negócio jurídico que adota a técnica de gestão negativa da álea normal*. Com efeito, no contrato incompleto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão do risco econômico superveniente, que serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna.

Cuida-se de não alocação voluntária do risco econômico, em que as partes deixam em branco determinado elemento do negócio jurídico (lacuna voluntária), o qual seria diretamente afetado pelo implemento do risco. Após a concretização do risco, as partes distribuirão os ganhos e as perdas econômicas, por meio da integração das lacunas, segundo o procedimento previsto originariamente no contrato.⁷ O modo de alocação de riscos empregado pelos contratantes será identificado a partir da interpretação da vontade declarada das partes, que poderá ser expressa ou implícita, extraída da interpretação sistemática das cláusulas contratuais.

⁶ Sobre a teoria da declaração, originada no séc. XX e em pleno vigor na teoria contratual contemporânea, assinala Roppo: “no contrato, é importante não apenas a *efetiva vontade individual*, em como esta se forma na esfera psíquica do sujeito, mas também a *sua projeção social externa*, e, em particular, o modo pelo qual a vontade das partes é percebida pela contraparte. Esta percepção é determinada essencialmente pelo modo como a vontade, objetivamente, vem manifestada externamente; por isso o teor objetivo da declaração de vontade” (ROPPO, 2001, pp. 38-39; tradução livre).

⁷ Sobre o tema, seja consentido remeter a BANDEIRA, 2015.

Nessa direção, o contrato incompleto, por permitir a gestão *ex post* dos riscos de superveniências, atende aos imperativos da segurança jurídica e da flexibilidade, podendo figurar, no caso concreto, como opção que melhor realiza o interesse das partes.

Por outro lado, os riscos que fujam à esfera de previsibilidade dos contratantes no caso concreto consistirão em riscos econômicos imprevisíveis, razão pela qual não poderão constituir objeto de gestão pelas partes (não alocação involuntária do risco). Nessa hipótese, presentes os demais pressupostos, aplicar-se-á a teoria da excessiva onerosidade prevista nos arts. 478 e ss. do Código Civil. Em consequência, o risco previsível, que se insere na álea normal do contrato, terá sido, necessariamente, gerido pelos contratantes, por meio de gestão positiva ou negativa, o que será identificado a partir do exame das cláusulas contratuais e da causa *in concreto*.

Assim sendo, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: (i) a *gestão positiva*, por meio da alocação de riscos econômicos previsíveis segundo as cláusulas contratuais; e (ii) a *gestão negativa*, por meio do contrato incompleto, no qual, voluntariamente, as partes não alocam *ex ante* o risco econômico superveniente, de natureza previsível, cujas perdas e ganhos econômicos serão distribuídos, portanto, posteriormente, diante da verificação de determinado evento, mediante o preenchimento da lacuna contratual, de acordo com os critérios definidos *ex ante*.

101

2 A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA COMO MECANISMO DE GESTÃO POSITIVA DOS RISCOS

Produto da autonomia privada, a cláusula resolutiva expressa permite que o credor, diante da verificação do evento nela contemplado, opte entre exigir a execução do contrato pelo equivalente ou resolvê-lo extrajudicialmente, desvinculando-se de relação jurídica incapaz de promover sua função econômico-individual (FERRI, 1966, p. 371-372).⁸ Com efeito, a finalidade precípua da cláusula reside em viabilizar que o credor resolva de pleno

⁸ De acordo com Ferri, a função econômico-individual concebida como causa do contrato indica o valor e o alcance que as partes deram à operação econômica globalmente considerada. Conceber a causa como função econômico-individual importa em ressaltar que, se o negócio expressa uma regra privada, a causa é o elemento que conecta a operação econômica objetiva com os sujeitos da relação, a indicar como o concreto regulamento de interesses expressa objetivamente as finalidades subjetivas (FERRI 1966. pp.371-372).

direito, sem intervenção judicial, a relação contratual disfuncionalizada, liberando-se das obrigações assumidas e recuperando o que eventualmente já houver prestado.⁹

Dentre os diversos instrumentos privados de gestão de riscos contratuais, a cláusula resolutiva expressa se firma como instituto privilegiado a desempenhar referida função, concedendo ao contratante não inadimplente "*trasladar el riesgo de su insatisfacción al deudor*" (GARRIDO, 2011, p. 425). Cuida-se de mais uma ferramenta à disposição dos contratantes destinada à alocação e (ou) disciplina dos efeitos dos riscos do negócio.

De regra, afirma-se que a cláusula resolutiva expressa se destina apenas a disciplinar o inadimplemento absoluto (PROENÇA, 2006, p. 76). Indiscutivelmente, o instituto permite às partes distribuir as perdas decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais de forma ímpar, facultando-lhes valorar a relevância de cada obrigação e estabelecer as consequências de sua inexecução, conforme o concreto regulamento de interesses.

A rigor, como aponta Guido Alpa, "*anche in queste ipotesi il problema da risolvere è un problema di distribuzione dei rischi*" (ALPA, 2013, p. 540). O inadimplemento absoluto é, por si só, um específico risco contratual, a cuja gestão a cláusula resolutiva expressa serve magistralmente.¹⁰ Restringi-la, contudo, à disciplina desse particular risco, revela inaceitável misoneísmo. Embora, em sua origem, o instituto estivesse ligado 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.

Desse modo, faculta-se às partes, valendo-se da cláusula resolutiva expressa, redistribuir os riscos de caso fortuito e força maior, ou de qualquer outro evento que incida 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 vícios redibitórios no suporte fático da cláusula; nesse caso, o comprador poderá, uma vez constatado o vício

⁹ Para o desenvolvimento do tema, confira-se TERRA, 2013.

¹⁰ Para Ana Prata, "sempre que o incumprimento convencionalmente prefigurado não fosse, por lei, bastante para fundamentar a resolução do contrato, nem para constituir o devedor na obrigação de indenizar, e essas sejam nos termos da cláusula, as suas consequências, estar-se-á perante um agravamento da responsabilidade do devedor" (PRATA, 1985, p.46).

oculto que torne a coisa imprópria ao uso a que se destina, resolver a relação obrigacional extrajudicialmente, a despeito do ajuizamento da ação redibitória.

Retirar tais eventos do âmbito da teoria legal do risco desenhada pelo legislador e incluí-los como suporte fático da cláusula resolutiva expressa significa permitir ao credor, diante de sua verificação, optar entre resolver de pleno direito o contrato ou executar a medida que o legislador prevê como alternativa à resolução – de regra, a execução pelo equivalente. A incidência de perdas e danos dependerá, sempre, do caso concreto.

A assunção dos riscos e sua gestão por meio de cláusula resolutiva expressa não altera a qualificação do contrato, transmudando-o de comutativo para aleatório. Há, no máximo, a ampliação da álea normal em relação à parte que assumiu o risco econômico, como destaca Rosario Nicolò:

In tal caso, sino a quando l'autonomia privata non incontra un limite normativo inderogabile che renda senza effetto il patto di assunzione del rischio [...] non è affatto esatto, sul piano concettuale, dire che il contratto da commutativo si trasforma in contratto aleatorio, modificandosi ab intrinseco la sua struttura causale; in verità, le parti si limitano ad estendere convenzionalmente, a carico di una di esse, l'ambito della cosiddetta alea normale, la quale costituisce, in termini generali, il limite preclusivo di ogni protezione che abbia come punto di riferimento una sopravvenuta maggiore onerosità della prestazione di una delle parti (NICOLÒ, 1958, p. 1027).

103

Em definitivo, a cláusula resolutiva expressa há de ser ampliada, com vistas a incluir em seu suporte fático, para além do inadimplemento absoluto, a gestão de outros riscos, os quais, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio.

Tome-se como exemplo a impossibilidade da prestação superveniente e inimputável ao devedor, que acarreta a resolução *ipso iure* da obrigação, independentemente de sentença constitutiva, liberando o devedor da prestação.¹¹ Trata-se, aqui, de impossibilidade provocada por caso fortuito ou força maior,¹² caracterizada, fundamentalmente, como se depreende do

¹¹ A superveniência de caso fortuito não faz surgir para o credor o direito potestativo de resolver a relação obrigacional: a lei incide diretamente sobre o fato, resolvendo o contrato automaticamente, conforme esclarece Judith Martins-Costa: “Nos casos em que a impossibilidade é informada por culpa e o devedor não infringe dever de diligência – mas a prestação, ainda assim, se torna impossível – teremos, então, a impossibilidade não-imputável, que libera o devedor e o desonera do pagamento de perdas e danos, afastando a possibilidade de o credor invocar o direito à resolução, pois há extinção *ipso iure*” (MARTINS-COSTA, 2004, p.271).

¹² Utilizam-se as expressões como sinônimas, na esteira do entendimento predominante na doutrina nacional. Sobre a identidade dos conceitos, confira-se FONSECA, 1958, p.129.

parágrafo único do artigo 393 do Código Civil, pela *inevitabilidade e necessidade* do acontecimento (LOPES, 1957).¹³

A classificação da superveniência como caso fortuito é feita em concreto, e requer análise dos elementos exteriores ao obrigado e das peculiaridades de sua atividade econômica, tomando como parâmetro a possível conduta de outros indivíduos, em condições objetivas análogas.¹⁴ Tudo depende, então, das específicas condições de fato em que se verifica o evento (FONSECA, 1958, p. 151).

Para a resolução do contrato e liberação do devedor requer-se, ainda, que o evento inevitável e necessário conduza à impossibilidade objetiva da prestação.¹⁵ A exigência deve, contudo, ser entendida nos seus devidos termos, não se demandando do devedor esforços maiores do que os razoáveis para o adimplemento da obrigação. Insere-se, assim, no conceito técnico-jurídico de impossibilidade, a necessidade de o devedor despender esforço extraordinário para o adimplemento da prestação.¹⁶

A despeito das regras oferecidas pela teoria legal do risco, podem as partes gerir os acontecimentos inevitáveis e necessários, predeterminando, por exemplo, quais eventos consideram caso fortuito capaz de impossibilitar a execução da prestação. Admite-se, outrossim, que uma das partes assumo o risco da impossibilidade causada por caso fortuito. O próprio Código Civil permite, no *caput* do artigo 393, que os contratantes convencionem o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, fazendo com que persista a responsabilidade do devedor mesmo se a inexecução decorrer de evento inevitável, para o qual este não tenha concorrido. Homenageia-se a autonomia privada, reconhecendo-se que a

104

¹³ Adota-se a teoria objetiva, que se contrapõe à subjetiva, a qual equipara o caso fortuito e a força maior à ausência de culpa, pelo que se daria o fortuito sempre que a inexecução não se pudesse imputar ao devedor. Para exposição detalhada de ambas as teorias, consulte-se LOPES, 1957, p. 459.

¹⁴ A esse respeito, Agostinho Alvim destaca que “a necessidade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade de cumprimento da obrigação, e não abstratamente” (ALVIM, 1965, p. 312).

¹⁵ Como destaca Arnaldo Medeiros da Fonseca, o caso fortuito ou força maior podem ter como consequência “a impossibilidade objetiva de executar, permanente ou temporária, total ou parcial, como também uma dificuldade maior, ou onerosidade imprevista, o que normalmente sucede quando acarreta a perda ou deterioração de produtos que iam ser destinados à satisfação de prestações genéricas. Como porém, nesse terreno, a liberação do devedor está também subordinada à *impossibilidade absoluta de executar*, segundo *os princípios tradicionais*, não aludem geralmente os autores à eventualidade de ter o caso fortuito como consequência apenas uma onerosidade maior da prestação, e elevam aquela *impossibilidade de execução* a condição elementar do próprio fortuito. De nossa parte, preferimos evitar tal confusão, embora reconheçamos que, nesse campo, surja também, como requisito essencial à liberação do obrigado, esse novo elemento: *a impossibilidade de prestar*” (FONSECA, 1958, p. 152-153, grifos no original).

¹⁶ “A impossibilidade *definitiva* é a que inviabiliza para sempre a prestação ou que somente pode ser prestada mediante esforço extraordinário. (...) A simples dificuldade não exonera, mas a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação é equiparável à impossibilidade” (AGUIAR JÚNIOR, 1991, p.99-100).

solução adotada como regra pela lei pode não se coadunar com os interesses concretos envolvidos no negócio (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2007, p. 712).

Por se tratar de exceção, a assunção do risco deve ser expressa.¹⁷ Imprescindível, ainda, a indicação, um por um, de todos os fatos inevitáveis pelos quais o contratante assume a responsabilidade.¹⁸

Comprometendo-se o devedor a prestar mesmo que sobrevenha o risco assumido, a impossibilidade decorrente do caso fortuito indicado na cláusula não o exonera da obrigação, mas configura, em vez disso, inadimplemento absoluto. A gestão da superveniência do evento inevitável e necessário transforma um risco econômico extraordinário (embora previsível) em um risco de inadimplemento no âmbito do concreto regulamento de interesses (fato previsto). O inadimplemento, nesse caso, não decorre de inexecução culposa, mas da assunção contratual do risco: embora o caso fortuito exclua o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e a inexecução da prestação, a assunção expressa do risco estabelece um nexo de imputação entre o evento inevitável e o devedor, a atribuir-lhe a responsabilidade pela inexecução.

De todo modo, o que releva para esta exposição são os efeitos do deslocamento convencional dos riscos: enquanto, pela teoria legal do risco, a impossibilidade da prestação causada por caso fortuito resolve automaticamente o contrato e afasta qualquer responsabilidade do devedor pelos prejuízos sofridos pelo credor, havendo assunção expressa do risco, sua concretização conduz ao inadimplemento absoluto, e abre para o credor a possibilidade de optar entre resolver a relação obrigacional, ou manter o contrato e exigir o equivalente pecuniário, sem prejuízo, em ambos os casos, das perdas e danos.

Nesse cenário, a cláusula resolutiva expressa participa decisivamente da gestão do risco da superveniência do caso fortuito, disciplinando os efeitos dele decorrentes: apenas mediante sua aposição no contrato, a relação obrigacional poderá ser resolvida

¹⁷ Não se admite a assunção tácita do risco relativo à superveniência de caso fortuito e força maior, conforme destaca FONSECA, 1958, p.180, nota de rodapé n.º 8. Daí a ressalva de Agostinho Alvim, para quem, na dúvida se houve ou não a assunção do risco, “resolve-se em sentido negativo; se se questiona acerca da sua extensão, corta-se a dúvida a favor do devedor” (ALVIM, 1965, p. 320).

¹⁸ Agostinho Alvim observa que “para que se entenda assumido o risco do caso fortuito extraordinário, é necessário referência expressa” (ALVIM, 1965, p. 320). Em sentido contrário, Arnoldo Medeiros da Fonseca não exige a indicação de cada um dos riscos assumidos pelo contratante: “Só os riscos decorrentes de casos fortuitos que *foram ou podiam ser previstos* na data da obrigação consideram-se assumidos pelo devedor, no caso de dúvida, pois as exceções devem ser interpretadas restritivamente” (FONSECA, 1958, p.181, grifos no original).

extrajudicialmente, não de forma automática, mas mediante declaração do credor.¹⁹ Indispensável, para tanto, a concomitância da assunção do risco e da atribuição, ao credor, do direito potestativo de proceder à resolução extrajudicial da relação obrigacional. Essas duas declarações podem mesmo constar da cláusula resolutiva; impreterível, contudo, que constem, de fato, expressas do contrato.

Por outro lado, de acordo com a disciplina legal do risco, quando a impossibilidade é parcial ou temporária, a tornar inútil para o credor a prestação por circunstâncias inimputáveis ao devedor – em decorrência de caso fortuito, ato de terceiro, ou até ato do devedor sem culpa –, não se processa a resolução automática do vínculo obrigacional, nascendo para o lesado o direito formativo de resolver a relação.

Isso porque, quando a impossibilidade é temporária, a configuração do inadimplemento absoluto dependerá da demonstração de que o cumprimento posterior conduz à perda de utilidade da prestação para o credor. O mesmo se passa em relação à impossibilidade parcial, em que só parte da obrigação é afetada pela superveniência, aplicando-se o artigo 235 do Código Civil. Em ambos os casos, portanto, ao credor caberá pleitear a resolução em face da inutilidade da prestação, que se processará judicialmente, caso não conste do contrato cláusula resolutiva expressa, tendo em vista a necessidade de o juiz aferir se a prestação já não atende, efetivamente, ao interesse do credor.

A gestão legal do risco de impossibilidade temporária ou parcial inimputável permite, então, que o credor pleiteie a resolução judicial da relação obrigacional, se a prestação se tornou inútil, ou a receba no estado em que se encontra – na impossibilidade parcial –, se lhe conservar alguma utilidade. No entanto, aqui também podem as partes, regulando seus interesses de acordo com o programa contratual, determinar, *ex ante* e de comum acordo, que eventos passíveis de conduzir à impossibilidade temporária ou parcial e, conseqüentemente, à inutilidade da prestação, autorizam a resolução de pleno direito, em alteração, assim, aos efeitos legais da superveniência.

Para tanto, basta a previsão do referido evento necessário e irresistível no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, não se exigindo, ao contrário do que se passa quando a

¹⁹ Aurora Martínez Flórez admite a possibilidade no âmbito do ordenamento jurídico espanhol: “Desde nuestro punto de vista, sin embargo, y sin perjuicio de que las consecuencias sean distintas en una y otra hipótesis, no existe obstáculo en nuestro ordenamiento para que por la vía de la cláusula resolutoria las partes estén distribuyendo o transmitiendo el riesgo a la medida de sus intereses” (FLÓREZ, 1999, p.23, nota de rodapé n.º 9).

impossibilidade decorrente do fortuito é total, a assunção do risco pelo devedor. Isso porque as partes não alteram a partilha legal dos riscos, limitando-se a modificar os efeitos de sua verificação. Por outro lado, se o devedor assumir o risco de forma expressa, há alteração da alocação legal, e a ocorrência do evento configurará inadimplemento absoluto, a permitir ao credor pleitear, também, indenização por perdas e danos.

Imprescindível à resolução, ademais, que a impossibilidade parcial ou temporária decorrente do evento fortuito conduza, inequivocamente, à inutilidade da prestação para o credor. A cláusula resolutiva 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 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.

Ao lado do caso fortuito, outro risco cuja gestão positiva pode ser realizada por meio da cláusula resolutiva expressa é aquele relativo ao vício redibitório, entendido como o defeito oculto que torna a coisa imprópria ao uso a que se destina ou que lhe diminui o valor de tal modo que, se o credor soubesse da sua existência, não realizaria o negócio pelo mesmo preço (art. 441, CC).

Tais defeitos são designados *redibitórios* justamente porque, quando descobertos, conferem ao credor a possibilidade de redibir a coisa, resolvendo a relação obrigacional, a tornar ineficaz o negócio com a restituição da coisa defeituosa ao antigo dono.²⁰ Para tanto, deverá o adquirente recorrer ao Judiciário, ajuizando a ação redibitória, cujo efeito é exatamente aquele da ação de resolução: a extinção do vínculo obrigacional.²¹

A disciplina dos vícios redibitórios se fundamenta, conforme destaca Caio Mário da Silva Pereira, no "*princípio da garantia* sem a intromissão de fatores exógenos, de ordem psicológica ou moral" (PEREIRA, 2015, p. 107), e se insere no âmbito da teoria legal do risco.²² Tal garantia visa assegurar a posse útil da coisa ao credor e, por ser consequência da

²⁰ É o que também observa Arnaldo Wald: "A própria etimologia do adjetivo 'redibitório' explica a finalidade do instituto, que assegura a devolução do objeto ao seu titular anterior" (WALD, 2009, p.321).

²¹ "Os vícios redibitórios são inerentes à coisa vendida; são chamados redibitórios porque podem dar lugar à resolução do contrato" (CARVALHO SANTOS, 1958, p.335).

²² Para Orlando Gomes, trata-se de garantia de natureza especial, pelo que não se aplicam as regras da teoria geral dos riscos (GOMES, 2001, p.95).

própria natureza jurídica do contrato comutativo,²³ que pressupõe relativa equivalência entre as prestações, independe da culpa ou má-fé do alienante (BEVILÁQUA, 1958, p. 215) – a relevância do conhecimento, ou não, do vício oculto pelo alienante se restringe à imposição, ou não, do dever de indenizar.

Serpa Lopes pondera, baseando-se nas lições de Gino Gorla, que a teoria dos vícios redibitórios se encontra num campo duvidoso, "situada entre a teoria do inadimplemento e a do erro, com o risco de perder a sua autonomia, para se converter ou em teoria do erro ou em teoria do inadimplemento" (LOPES, 1961, p. 169). Se, por exemplo, alguém compra café de um tipo e recebe de outro, configura-se, de acordo com Silvio Rodrigues, inadimplemento contratual. Por outro lado, se no café entregue ao comprador houvesse alguma espécie de fungo, que o tornasse impróprio para o consumo, tratar-se-ia de vício redibitório. No primeiro caso, ao contrário do segundo, não existe defeito, e sim divergência de qualidade entre o produto adquirido e aquele efetivamente entregue.²⁴ Na mesma direção, Serpa Lopes, após apontar a relevância da distinção no que tange ao prazo de prescrição – que, a rigor, em relação às ações edilícias, é de natureza decadencial –, explica que configura inadimplemento, não já vício redibitório, a entrega de coisa que, "posto pertencente a uma espécie ou categoria não objetivamente diversa da vendida, esteja carente de qualidades essenciais, quer por sua natureza ou por assim haver sido considerada pelas partes" (1988, p. 74).²⁵

Para Jorge Cesa Ferreira da Silva, os vícios redibitórios se reconduzem à categoria dicotômica do inadimplemento, qualificando-se os casos de redibição como inadimplemento absoluto. De acordo com o autor, as regras sobre vícios comungam do mesmo fundamento de proteção das regras relativas ao inadimplemento absoluto e à mora. Por essa razão, em vez de incluir os vícios redibitórios em uma terceira categoria de inadimplemento, "mais correto

²³ Embora tradicionalmente associada aos contratos comutativos, a garantia por vícios redibitórios há de incidir também nos contratos aleatórios, ainda que de forma diferenciada, reconhecendo-se aos negócios aleatórios o equilíbrio entre as prestações. V., sobre o tema, BANDEIRA, 2009, p. 190-193.

²⁴ Afirma o autor que o vício redibitório se configura quando o "defeito, além de oculto, é excepcional em mercadorias semelhantes, não podendo a adquirente, ordinariamente, contar com a presença de tal defeito". E conclui afirmando que, quanto ao exemplo formulado, "não se trata de imperfeição na coisa comprada, mas de entrega de uma coisa por outra" (RODRIGUES, 2006, p.105).

²⁵ Na mesma direção, manifesta-se Orlando Gomes: "Os vícios redibitórios não se confundem com o cumprimento imperfeito por defeito de qualidade. São defeitos irreconhecíveis pelo comprador no momento do contrato, sejam, ou não, conhecidos do vendedor. O defeito de qualidade essencial não pressupõe a inidoneidade da coisa em consequência de vício oculto, mas a desconformidade entre a coisa vendida e a coisa entregue, por não ter esta as qualidades essenciais ao uso a que é destinada" (GOMES, 1988a. p.74). O mesmo autor, em outro parecer, discorre mais profundamente sobre as diferenças entre a redibição e a resolução: GOMES, 1988b, p.347 et seq.

seria reagrupar as regras sobre vícios na classificação dicotômica: mora e inadimplemento absoluto. Os casos de redibição seriam regulados como inadimplemento absoluto, os de redução proporcional do valor (*quanti minoris*), como impossibilidade parcial [...]” (SILVA, 2007, p. 199-201).²⁶

De toda sorte, qualquer que seja o entendimento adotado acerca da natureza jurídica do vício redibitório, não se pode deixar de reconhecer que, tanto no inadimplemento absoluto quanto no vício redibitório que retira a utilidade do bem para o adquirente, há um incumprimento da prestação; e, em ambos os casos, a consequência para o credor é a mesma: frustração do escopo econômico perseguido. Não é por outra razão que, nas duas situações, o ordenamento jurídico oferece ao credor instrumentos de tutela que, embora diversos, produzem igual resultado: a extinção da relação obrigacional.

Posto isso, afigura-se lícito e legítimo aos contratantes, valendo-se da alocação de riscos previamente determinada pelo legislador, pactuar, de antemão, na cláusula resolutiva expressa, quais vícios ocultos comprometem irremediavelmente a utilidade da prestação para o credor, a dispensar o ajuizamento da ação redibitória para a resolução do negócio.

A exigência de que a redibição se processe judicialmente decorre da necessidade de o juiz verificar se a alegação de perda de utilidade da prestação pelo credor é, de fato, procedente. Dessa forma, é imprescindível que os contratantes indiquem, de antemão e de comum acordo, em que circunstâncias a prestação não terá mais a utilidade necessária à promoção da função econômico-individual do contrato,²⁷ não bastando a simples referência a vícios redibitórios na cláusula resolutiva. Do contrário, considerar-se-á a previsão contratual mera cláusula de estilo, remetendo o credor à via judicial.

Por fim, importa destacar que a inclusão, no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, de evento ordinariamente disciplinado pela teoria legal do risco requer a observância da proporcionalidade, que se traduz, de regra, na manutenção do equilíbrio das posições contratuais.

²⁶ Na mesma direção, Raquel Salles, partindo da compreensão do inadimplemento como o não cumprimento imputável, subjetiva ou objetivamente, da prestação devida, entende plenamente possível a configuração dos vícios redibitórios como inadimplemento por imputação objetiva. Por essa razão, a autora admite a inclusão de defeitos ocultos no suporte fático da cláusula resolutiva expressa, a autorizar a resolução extrajudicial da relação obrigacional, dispensando o ajuizamento da ação redibitória (SALLES, 2011, p.198-199).

²⁷ Não é necessário, portanto, que a prestação já não tenha qualquer utilidade em abstrato, mas apenas que o defeito lhe retire a idoneidade de promover o concreto escopo econômico do contrato. Nesse sentido, confira-se GAROFALO, 2001, p. 249.

A imputação de certo risco a uma das partes não pode tornar o contrato economicamente desequilibrado. Se isso ocorrer, é indispensável que a assunção excepcional de riscos – além, portanto, daqueles hodiernamente atribuídos ao devedor –, corresponda à atribuição de alguma vantagem econômica, normalmente refletida na cláusula do preço, ou normativa.

De toda sorte, há que se atentar para o fato de que a análise do merecimento de tutela da redistribuição de riscos contratuais por meio da cláusula resolutiva expressa está condicionada e limitada pela função econômico-individual do negócio, bem como pela análise global da relação contratual.

Observados os parâmetros suprarreferidos, a gestão dos riscos pela cláusula resolutiva expressa afasta a incidência das regras legalmente previstas, e a disciplina aplicável deverá ser aquela ditada pela autonomia privada, em consonância com a fisiologia do contrato.

CONCLUSÃO

110

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: a *gestão positiva* e a *gestão negativa*, que se opera por meio do contrato incompleto.

Pela gestão positiva, as partes alocam os riscos econômicos previsíveis não raro de forma diversa daquela prevista em lei. Dentre os vários instrumentos postos à disposição das partes, a cláusula resolutiva expressa se destaca pela diversidade de opções que oferece aos contratantes.

A cláusula resolutiva expressa concede ao credor transferir ao devedor o risco de sua insatisfação, ou apenas disciplinar os efeitos decorrentes da concretização de riscos já imputados, pela lei, à contraparte. De regra, utiliza-se o instituto como mecanismo de gestão de específico risco contratual: o inadimplemento absoluto. No entanto, a autonomia privada faculta às partes valer-se da cláusula também para (a) redistribuir as perdas da superveniência de caso fortuito e força maior, bem como (b) para alterar os efeitos de alocação anteriormente feita pelo legislador.

No primeiro caso, os riscos passíveis de figurar na cláusula são aqueles que, uma vez concretizados, conduzem à disfuncionalização da relação obrigacional, ou, dito de outro modo, à incapacidade de o vínculo jurídico promover a função econômico-individual para o

qual foi concebido. Podem os contratantes gerir acontecimentos inevitáveis e necessários, atribuindo a um deles, expressa e especificamente, as consequências de sua concretização. Assumindo o devedor a obrigação de prestar, a despeito da verificação do evento pré-determinado, a impossibilidade da prestação que dele resulte configura inadimplemento absoluto, e autoriza o credor a executar o contrato pelo equivalente ou a resolver a relação extrajudicialmente, sem prejuízo, em ambos os casos, da indenização por perdas e danos.

No segundo caso, incluem-se no suporte fático da cláusula os vícios redibitórios. Os contratantes, valendo-se da alocação de riscos previamente determinada pelo legislador, pactuam, de antemão, que tipos de vícios ocultos comprometem irremediavelmente a utilidade da prestação para o credor, a dispensar o ajuizamento da ação redibitória para a resolução do negócio.

Trata-se, portanto, a cláusula resolutiva expressa, de instituto alicerçado sobre a autonomia privada, e que confere às partes a possibilidade de gerir os riscos a que seu negócio está exposto de forma mais eficaz e consentânea com as peculiaridades do negócio concreto, a fim de melhor promover a consecução dos interesses perseguidos.

111

REFERÊNCIAS

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

ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2013.

ALPA, Guido. Rischio. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989, v. 40.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1965.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

_____. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARENGHI, Andrea. Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Dir.); ZOPPINI, Andrea (Coord.). *Obbligazioni: il contratto in genere*. v.3, t. 2. Milano: Giuffrè, 2009. p.296-325.

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed., v. 4. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. v. 3. Milano: Giuffrè, 1987.

CAMILLETTI, Francesco. Profili del problema dell'equilibrio contrattuale. *Collana diritto privato*. v. 1. Università Degli Studi di Milano. Dipartimento Giuridico-Politico: sezione di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2004.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6. ed., v.15. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O contrato como regulador e como produtor de riscos. *Prima Facie - Direito, História e Política*. v.12, n.22, p.64-85, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4507>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966.

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

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

GALLO, Paolo. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rischio*. Milano: Giuffrè, 1992.

GAROFALO, Luigi. Garanzia per vizi e azione redibitória nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Civile*. v. 47. Padova, p.243-294, jan./fev. 2001.

GARRIDO, María Luisa Palazón. El remedio resolutorio en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones en España: un estudio desde el derecho privado europeo. In: DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez (Dir.); GARRIGO, María Luisa Palazón; SERRANO, María Del Mar Méndez (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p.423-447.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Resolução de venda por defeito de qualidade da coisa: questões de direito civil (pareceres)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.73-79.

GOMES, Orlando. *Vício redibitório e falta de qualidade da coisa: questões de direito civil (pareceres)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.347-351.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. rev. e aum., v.3. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v.5, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NICOLÒ, Rosario. Alea. *Enciclopedia del diritto*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1958. p.1024-1031.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. e atual., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. atual., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROPPO, Vincenzo. Il contrato. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (orgs.). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2001.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual., v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A contemporânea teoria do inadimplemento: reflexões sobre a violação positiva do contrato, o inadimplemento antecipado e o adimplemento substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.). *Direito Civil*. 1. ed., v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 183-200.

_____. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

TRIMARCHI, Pietro. Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale. *Rivista di Diritto Civile*. v.54, n.3. Padova. p.341-359, maio/jun. 2008.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18. ed. ref., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

