

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 6

OUT/DEZ 2015

Doutrina Nacional / Aline de Miranda Valverde Terra / Daniela de Carvalho Mucilo / Daniel Bucar/ Luciano L. Figueiredo/ Paula Greco Bandeira / Rafael Ferreira Bizelli

Doutrina Estrangeira / Lorenzo Mezzasoma

Pareceres / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Heloisa Helena Barboza

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA E O CONTRATO INCOMPLETO COMO INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE RISCO NOS CONTRATOS

The express resolutive clause and the incomplete contract as mechanisms of management of risks

Aline de Miranda Valverde Terra

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora agregada do Departamento de Direito Civil e da pós-graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ).

Paula Greco Bandeira

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ). Advogada

Resumo: O artigo destaca a importância do contrato como instrumento de gestão dos riscos negociais, precisamente os riscos econômicos supervenientes, que atingem sua execução. Tal alocação de riscos permitirá a atribuição de responsabilidades entre os contratantes. Nesta direção, as partes poderão proceder à gestão positiva ou negativa desses riscos. No âmbito da gestão positiva de riscos, a cláusula resolutive expressa assume particular relevância, permitindo às partes definir os eventos que, uma vez verificados, deflagrarão a extinção do contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário. De outra parte, a gestão negativa de riscos se expressa por meio do contrato incompleto, mediante o qual os contratantes deliberadamente deixam em branco determinados elementos que serão definidos 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, como forma de pleno atendimento aos interesses das partes in concreto.

Palavras-chave: Cláusula resolutive expressa; Contrato incompleto; Gestão de riscos contratuais.

Abstract: This article emphasizes the importance of the contract as a mechanism of allocation of risks, especially the economic risks which affect its performance. This allocation of risks allows the definition of parties' responsibility. In this sense, the parties may allocate the risks in a positive or negative manner. Within the positive allocation of risks the express resolutive clause may assume an important role, consenting the parties to define the events which, once verified, extinguish the contract independently of the judicial dispute resolution. On the other hand, the incomplete contract determines a

negative allocation of risks, by which the parties deliberately left in blank some elements which will be defined in the future, as the execution by one or both parties, a third person or the application of external factors, in accordance to the contractual proceeding, in order to attend the concrete interests of the parties.

Keywords: Express resolutive clauses; Incomplete contract; Allocation of contractual risks.

Sumário: Introdução: o contrato como mecanismo de gestão de riscos – 1. Os modos de alocação de riscos nos contratos: gestão positiva e negativa – 2. A cláusula resolutive expressa como instrumento de gestão positiva dos riscos – 3. O contrato incompleto como instrumento de gestão negativa dos riscos – 4. Considerações Finais

Introdução: o contrato como mecanismo de gestão de riscos

Em tempo em que se assiste àquilo que o Prof. Stefano Rodotà denominou de “financiarização do mundo”,¹ com a economia desempenhando papel de protagonista do cenário global, a propriedade se insere novamente no centro das preocupações atuais, a demandar revisão crítica do paradigma proprietário. Neste contexto, embora o contrato possa ser reduzido a mero fâmulos da propriedade, descurando de outros valores fundamentais, se bem empregado, pode servir de instrumento legítimo para a promoção das atividades econômicas privadas, consagrando o valor constitucional da livre iniciativa (arts. 1º, IV; 170, *caput*, C.R.).

Nessa esteira, os contratos traduzem instrumento de gestão dos riscos econômicos merecedor de tutela, apto a estimular negócios que concretizem, para além dos interesses dos contratantes, outros interesses extracontratuais dignos de proteção. Com vistas à consecução de todas as suas potencialidades funcionais, os contratos hão de ser compreendidos como mecanismo de gestão de riscos econômicos que atingem sua execução. De fato, os negócios jurídicos levados a cabo pelos particulares têm por finalidade repartir os riscos de determinada atividade econômica entre os contratantes, de modo a fixar as respectivas responsabilidades e, assim, efetivar os interesses das partes *in concreto*.

Nesta 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

¹ A expressão foi adotada em conferência intitulada “Conversas com Stefano Rodotà”, proferida pelo Prof. Stefano Rodotà na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, no dia 6 de novembro de 2015.

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 não 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

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.³ Ao se perquirir a

² A ideia de equilíbrio contratual se aproxima da noção de sinalagma funcional a que a doutrina faz, didaticamente, referência. Como explica Massimo 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 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 s cc)” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 3, p. 488; tradução livre).

³ BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 2 e ss.

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.⁴ 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.⁵

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 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 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

⁴ BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. cit., p. 39.

⁵ Sobre o tema, v. ALPA, Guido. *Rischio*. In: CALASSO, Francesco (org). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1989. v. 40. p. 1158, em que 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.

ou ao interesse que pretendem realizar com o sinalagma ou à correspectividade entre as prestações.⁶

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. Os modos de alocação de riscos nos contratos: gestão positiva e negativa

No ordenamento jurídico brasileiro, existem duas formas de gestão de riscos nos contratos: a gestão positiva e a gestão negativa. Evidentemente, os riscos que constituirão objeto de gestão pelos particulares não 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, compreendida 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 a determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários).

⁶ Como 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, Francesco. Profili del problema dell’equilibrio contrattuale. In: *Collana diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2004. v. 1. p. 44; tradução livre).

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 declarada⁷ pelos contratantes, estabelece o equilíbrio econômico do negócio. Tal equação econômica, que fundamenta o sinalagma ou a corresponsabilidade entre as prestações, deve ser observada no curso da relação contratual, em atenção aos princípios da obrigatoriedade dos pactos e do equilíbrio dos contratos. Dentre os diversos instrumentos à disposição dos contratantes voltados à gestão positiva dos riscos, a cláusula resolutiva expressa assume destacada relevância, como se verá a seguir.

Ao lado da gestão positiva da álea normal, os contratantes poderão optar por gerir negativamente os riscos econômicos previsíveis supervenientes, deixando, deliberadamente, em branco certos elementos da relação contratual, a serem 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. Trata-se do contrato incompleto.

2. A cláusula resolutiva expressa como instrumento de gestão positiva dos riscos

Dentre as diversas formas de gestão positiva dos riscos econômicos, situa-se a cláusula resolutiva expressa. Fruto da autonomia privada dos contratantes, que ajustam, livre e conscientemente, sua inclusão no contrato, a cláusula resolutiva expressa permite ao credor, uma vez verificado o evento nela previsto, desvincular-se de relação jurídica estéril, incapaz de cumprir o programa negocial traçado pelas partes, de forma célere, mediante simples declaração receptícia de vontade. Revela-se, assim, aquela que é, sem sobra de dúvidas, uma das extraordinárias vantagens da cláusula em comparação com sua congênere – a cláusula resolutiva tácita: a possibilidade de resolver a relação

⁷ Sobre a teoria da declaração, originada no Séc. XX e em pleno vigor na teoria contratual contemporânea, assinala Vincenzo 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, Vincenzo. *Il contratto*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (Org.). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2001. pp. 38-39; tradução livre).

obrigacional extrajudicialmente, sem que tenha, o credor, que se socorrer do Poder Judiciário.⁸

Mas não é tudo. A cláusula resolutiva expressa consente ao contratante não inadimplente, ainda, transferir ao devedor o risco de sua insatisfação.⁹ Não obstante se afirme, usualmente, que a cláusula se destina a regular tão só o inadimplemento absoluto,¹⁰ não há óbice à inclusão, em seu suporte fático, de riscos diversos, desde que sua verificação¹¹ conduza à disfuncionalização da relação obrigacional. Embora, em sua origem, o instituto estivesse ligado, de fato, ao inadimplemento absoluto, sua percepção histórico-relativa impõe a ampliação de seus confins, a permitir a gestão de outros riscos que, uma vez implementados, impeçam a promoção da função econômico-individual do negócio.

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.¹² Trata-se, aqui, de impossibilidade provocada por caso fortuito ou força maior,¹³ caracterizada,

⁸ Para o desenvolvimento do tema, confira-se TERRA, Aline de Miranda Valverde. 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.

⁹ 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, Maria Del Mar Méndez (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p.425.

¹⁰ Veja-se, por todos: PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.76. A rigor, como aponta Guido Alpa, “mesmo nessa hipótese, o problema a resolver é um problema de distribuição dos riscos” (ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 8 ed. Padova: CEDAM, 2013. p.540, tradução livre).

¹¹ Sobre a contemporânea conformação do inadimplemento absoluto, confira-se: 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 (Org.). *Direito Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v. 2. p. 183-200.

¹² 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, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5. t. 2. p.271).

¹³ Utilizam-se as expressões como sinônimas, na esteira do entendimento predominante na doutrina nacional. Sobre a identidade dos conceitos, confira-se FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.129 et seq.

fundamentalmente, como se depreende do parágrafo único do artigo 393 do Código Civil, pela *inevitabilidade e necessariedade* do acontecimento.¹⁴

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.¹⁵ Tudo depende, então, das específicas condições de fato em que se verifica o evento.¹⁶

Para a resolução do contrato e liberação do devedor requer-se, ainda, que o evento inevitável e necessário conduza à impossibilidade objetiva da prestação.¹⁷ 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 dispender esforço extraordinário para o adimplemento da prestação.¹⁸

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

¹⁴ 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 SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957. v.2. p.459 et seq.

¹⁵ A esse respeito, Agostinho Alvim destaca que "a necessariedade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade de cumprimento da obrigação, e não abstratamente" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1965. p.312).

¹⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. op. cit. p.151.

¹⁷ 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, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. op. cit. p.152-153, grifos no original).

¹⁸ "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, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.99-100).

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 solução adotada como regra pela lei pode não se coadunar com os interesses concretos envolvidos no negócio.¹⁹

Por se tratar de exceção, a assunção do risco deve ser expressa.²⁰ Imprescindível, ainda, a indicação, um por um, de todos os fatos inevitáveis pelos quais o contratante assume a responsabilidade.²¹

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

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.1. p.712.

²⁰ Não se admite a assunção tácita do risco relativo à superveniência de caso fortuito e força maior, conforme destaca FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 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, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. op. cit. p.320).

²¹ Agostinho Alvim observa que “para que se entenda assumido o risco do caso fortuito extraordinário, é necessário referência expressa” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. op. cit. p. 320). Em sentido contrário, Arnaldo 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, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. op. cit., p.181, grifos no original).

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 extrajudicialmente, não de forma automática, mas mediante declaração do credor.²² 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

²² 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, Aurora Martínez. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*. Madrid: Civitas, 1999. p.23, nota de rodapé n.º 9).

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 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.²³ Para tanto, deverá o adquirente recorrer ao Judiciário, ajuizando a ação redibitória,

²³ É o que também observa Arnoldo Wald: “A própria etimologia do adjetivo ‘redibitório’ explica a finalidade do instituto, que assegura a devolução do objeto ao seu titular anterior” (WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18.ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009. v.2. p.321).

cujo efeito é exatamente aquele da ação de resolução: a extinção do vínculo obrigacional.²⁴

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”,²⁵ e se insere no âmbito da teoria legal do risco.²⁶ Tal garantia visa assegurar a posse útil da coisa ao credor e, por ser consequência da própria natureza jurídica do contrato comutativo,²⁷ que pressupõe relativa equivalência entre as prestações, independe da culpa ou má-fé do alienante²⁸ – a relevância do conhecimento, ou não, do vício oculto pelo alienante se restringe à imposição, ou não, do dever de indenizar.

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 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 [...]”.²⁹

²⁴ “Os vícios redibitórios são inerentes à coisa vendida; são chamados redibitórios porque podem dar lugar à resolução do contrato” (CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.15. p.335).

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.3. p.107.

²⁶ Para Orlando Gomes, trata-se de garantia de natureza especial, pelo que não se aplicam as regras da teoria geral dos riscos (GOMES, Orlando. *Contratos*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 95).

²⁷ 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, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 190-193.

²⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958. v.4. p. 215.

²⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.199-201, grifos no original. 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, Raquel Bellini de Oliveira. *Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p.198-199).

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,³⁰ 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.

3. O contrato incompleto como instrumento de gestão negativa dos riscos

De outra parte, ao lado da gestão positiva de riscos, desponta o contrato incompleto, assim compreendido como o negócio jurídico que emprega técnica de gestão negativa da álea normal do contrato.³¹ Dito diversamente, em algumas hipóteses, a autonomia privada preferirá não alocar positivamente o risco econômico previsível no momento da assinatura do contrato, deixando essa decisão para momento futuro, *quando e se* o risco se verificar. Trata-se da denominada *gestão negativa*. Nessa hipótese, os particulares deixam lacunas no negócio, que significam a ausência de determinado

³⁰ 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, Luigi. *Garanzia per vizi e azione redibitória nell'ordinamento italiano*. Rivista di Diritto Civile, Padova. v.47. p.249, jan./fev. 2001.

³¹ Sobre o tema, veja consentido remeter a BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, *passim*.

elemento da relação contratual que, no entender das partes, será afetado pela oscilação da álea normal. A lacuna representa precisamente essa não tomada de decisão pelos contratantes, que remetem a distribuição dos efeitos do risco para momento futuro, por ocasião de sua verificação.

Em determinados casos, os particulares não conseguem chegar a um acordo quanto a determinada alocação de riscos; as partes desconhecem certos aspectos mercadológicos ou fatores econômicos que poderão afetar o negócio; ou, ainda, simplesmente, não querem decidir sobre a alocação de certo risco de antemão. A despeito disso, desejam concluir o contrato e se vincular em caráter definitivo. Por isso, optam por firmar contrato incompleto, que permite, a um só tempo, instaurar o vínculo jurídico definitivo e postergar a decisão quanto à alocação de determinado risco para momento futuro. Trata-se, em uma palavra, da *não alocação voluntária do risco econômico (álea normal)*, isto é, do decidir não decidir.

Em outros termos, sobretudo em operações econômicas complexas, marcadas pela duração no *tempo* e pela *incerteza* dos resultados, os particulares poderão concluir contrato em caráter definitivo, mas, concomitantemente, optar por não alocar *ex ante* certos riscos econômicos previsíveis, por entenderem que essa solução melhor atende aos seus interesses *in concreto*. Nesses casos, a autonomia privada celebrará contrato incompleto, o qual representa solução obrigatória, porém flexível, pois permite a abertura do regulamento contratual diante do implemento do risco, postergando, para momento futuro, a decisão quanto à alocação de riscos, segundo critérios já contratualmente definidos.

Diz-se que o regulamento contratual incompleto fornece solução obrigatória, pois estabelece o procedimento que as partes deverão seguir diante da ocorrência do risco para distribuir os ganhos e as perdas econômicas dele resultantes; e, ao mesmo tempo, traduz resposta flexível, vez que as partes irão amoldar o contrato ao novo contexto instaurado com a verificação do risco. O contrato incompleto se adapta, desse modo, à nova realidade contratual.

No contrato incompleto, portanto, as partes, deliberadamente, optam por deixar em branco determinados elementos da relação contratual, como forma de gestão negativa do risco econômico superveniente (*rectius*, álea normal), os quais serão determinados, em momento futuro, pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, segundo o procedimento contratualmente previsto para a integração da lacuna.

Quando e se o risco se concretizar, as partes distribuirão os ganhos e as perdas econômicas dele decorrentes, por meio da integração das lacunas, segundo o procedimento definido originariamente no contrato. O preenchimento da lacuna ocorrerá pela atuação de uma ou ambas as partes, de terceiro ou mediante fatores externos, consoante os critérios pactuados.

Eis a função do regulamento contratual incompleto: consentir às partes não alocar *ex ante* os efeitos decorrentes da variação da álea normal do contrato, remetendo essa decisão para momento futuro, como solução que melhor atende aos interesses dos particulares no caso concreto.

A não alocação dos riscos econômicos supervenientes, mediante lacunas, a serem integradas em momento futuro, de acordo com critérios predefinidos, por uma ou ambas as partes, por terceiro ou mediante fatores externos, quando (e se) houver a verificação do risco, traduz os efeitos essenciais que integram a causa do contrato incompleto. O traço distintivo da causa do contrato incompleto corresponde, portanto, à gestão negativa da álea normal do contrato.

Assim sendo, com vistas a se qualificar determinado contrato como incompleto, há de se verificar se o negócio tem por função gerir negativamente a álea normal do contrato. Identificado esse traço distintivo da causa do regulamento contratual incompleto, qualifica-se o concreto negócio como contrato incompleto.

Nesse procedimento unitário de interpretação e qualificação, deve-se investigar, portanto, a causa *in concreto*, ou seja, a *função econômico-individual* ou *função prático-social* do contrato, considerada objetivamente, e identificada no caso concreto, que exprime a racionalidade desejada pelos contratantes. A função econômico-individual do regulamento contratual incompleto há de abranger, em definitivo, o escopo dos contratantes em gerir negativamente a álea normal do contrato.

A perspectiva funcional do contrato incompleto permite, assim, o estabelecimento de critérios para a caracterização dos negócios incompletos e de novos parâmetros interpretativos que guiarão sua execução, figurando o regulamento contratual incompleto como negócio jurídico que atende efetivamente aos interesses concretos dos particulares na gestão de riscos atinentes a complexas operações econômicas, não raro desprotegidos pela insuficiente técnica legislativa regulamentar.

De fato, os tipos contratuais tradicionais disponibilizados pelo ordenamento jurídico se mostram, no mais das vezes, insatisfatórios à proteção dos interesses da autonomia privada no exercício de suas atividades. Máxime em complexas

operações econômicas que se protraem no tempo e se revestem de forte incerteza, com possibilidade de superveniência de diversos riscos econômicos.

A autonomia privada elegerá, por conseguinte, nessas hipóteses, o contrato incompleto, com o escopo de gerir negativamente a álea normal do contrato, protegendo os seus interesses contra a oscilação da álea normal, a qual, uma vez verificada, acarretará o desequilíbrio entre as prestações, com ganhos econômicos para um dos contratantes e respectivas perdas para o outro, distribuídos *ex post* mediante os critérios indicados *ex ante* pelas partes. Por outro lado, o contrato incompleto, justamente por não conter disciplina exaustiva dos elementos da relação contratual, exige dos contratantes padrões de cooperação mais elevados relativamente aos contratos dotados de gestão positiva dos riscos, a sofrer incidência diferenciada dos princípios da boa-fé objetiva, da função social, da solidariedade social e do equilíbrio econômico dos pactos.

4. Considerações Finais

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: a *gestão positiva* e a *gestão negativa*.

Pela gestão positiva, as partes alocam os riscos econômicos previsíveis segundo seus interesses, por vezes 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.

A gestão negativa, por sua vez, implementa-se por meio do contrato incompleto, no qual as partes, de forma deliberada, não alocam *ex ante* o risco econômico previsível superveniente; as perdas e ganhos econômicos decorrentes do evento futuro são distribuídos posteriormente, quando de sua efetiva verificação, mediante o preenchimento da lacuna contratual, de acordo com os critérios já definidos no contrato. O contrato incompleto consiste assim, em uma palavra, em negócio jurídico que emprega técnica de gestão negativa da álea normal do contrato e que, por se revelar como solução flexível, se apresenta, no mais das vezes, como medida que atende de modo mais efetivo aos interesses das partes *in concreto*.

Assim sendo, há de se identificar no caso concreto o modo de alocação de riscos – positivo ou negativo – empregado pelos contratantes, a partir da interpretação da vontade declarada das partes, que poderá ser expressa ou implícita, extraída da interpretação sistemática e finalística das cláusulas contratuais.

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.

Trata-se, portanto, a cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto, de institutos alicerçados sobre a autonomia privada, e que conferem 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.

Recebido em 03/01/2016

1º parecer em 20/01/2016

2º parecer em 14/02/2016