

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Sarah Santos Lavinias

Autotutela: Ressignificação e Expansão no Contexto do Inadimplemento

Mestrado em Direito

São Paulo
2025

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Sarah Santos Lavinias

Autotutela: Ressignificação e Expansão no Contexto do Inadimplemento

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação Prof. Dr. Rogério Donnini.

São Paulo
2025

Sarah Santos Lavinias

Autotutela: Resignificação e Expansão no Contexto do Inadimplemento

Aprovado em __/__/2025

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rogério Donnini

Assinatura: _____

Prof. Dr. Erik Frederico Gramstrup

Assinatura: _____

Prof. Dr. Rômolo Russo Junior

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A jornada que culmina nesta dissertação foi atravessada por encontros, afetos, ensinamentos e generosidades que deixaram marcas profundas no meu percurso acadêmico e pessoal. A todos que, de alguma forma, caminharam comigo, minha mais sincera gratidão.

À minha mãe, minha fortaleza inabalável, que sempre acreditou em mim mesmo nos momentos em que eu duvidava. Seu amor, apoio incondicional e incentivo constante foram — e sempre serão — o alicerce da minha trajetória.

Ao meu pai, cuja presença se faz sentir mesmo na ausência. Dele, herdei a crença de que o conhecimento é a maior das riquezas e que, por meio do estudo, posso ir além. Sua lição ecoa em cada passo dado até aqui.

Ao Rodrigo, pelo amor, pela escuta atenta e pela forma acolhedora com que lidou com minhas ausências e inquietações. Sua presença foi apoio silencioso, parceria diária e abrigo nos dias difíceis. Ter você comigo foi essencial para atravessar essa jornada com coragem e leveza.

Agradeço às minhas amigas de vida, especialmente Aline e Marina, que sempre conseguem iluminar meu caminho e me fortalecer. Vocês foram risada no cansaço, abrigo nas incertezas e presença firme mesmo à distância. Obrigada por me lembrarem, dia após dia, que a caminhada pode ser mais leve quando é feita de mãos dadas — e com afeto de sobra.

À Letícia, Milena, Sabrina, Dani, Mariana e Líbera, amigas que o mestrado me deu: obrigada por todas as trocas, pelas conversas que me acolheram e pelas parcerias que me impulsionaram. Foram, sem dúvida, meu refúgio e força em meio aos desafios.

Ao professor Rogério Donnini, meu orientador, por ter acreditado na relevância do tema desde o início, pelas contribuições valiosas, pelas conversas e pelas provocações teóricas que tanto contribuíram para o amadurecimento deste trabalho.

Ao professor Giovanni Nanni, por sua generosidade em me receber como assistente e por me proporcionar um espaço de aprendizado contínuo. O conhecimento compartilhado em suas aulas foram fundamentais para que eu aprofundasse meu olhar sobre o inadimplemento e estruturasse esta dissertação com mais solidez e senso crítico.

Este trabalho é fruto não só do meu esforço, mas da energia, do incentivo e da presença de cada um de vocês. Obrigada por estarem comigo.

RESUMO

LAVINAS, Sarah. Autotutela: Ressignificação e Expansão no Contexto do Inadimplemento.

No presente estudo se propõe demonstrar a legitimidade de utilização da autotutela amparada nos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual pelos particulares como meio eficaz de resolução de conflitos diante de cenários adversos de inadimplemento contratual. Em um contexto marcado pela crescente demanda dos particulares por celeridade e eficiência na resolução de conflitos, reforça-se a importância de considerar os instrumentos de autotutela privada como meios eficazes de autodefesa para resguardar interesses legítimos. O objetivo da pesquisa é analisar a estrutura e a função dos principais mecanismos de autotutela previstos no ordenamento jurídico brasileiro, avaliar sua aplicação prática, explorar sua utilização em contextos não tradicionais e discutir a admissibilidade de mecanismos não positivados, com base em uma interpretação extensiva. Investiga-se também como reforçar a autonomia privada das partes contratantes, de modo a viabilizar a utilização legítima desses instrumentos, por meio do estabelecimento de parâmetros ético-sociais aptos a coibir abusos de direito. Utiliza-se o método dedutivo-jurídico-teórico, por meio de uma abordagem qualitativa, mediante a análise de conteúdo a partir de textos teóricos e legais, complementada por uma análise quantitativa dos dados sobre processos judiciais. Os resultados indicam que a autotutela, quando aplicada de forma controlada e respeitando os limites da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da proporcionalidade, pode constituir alternativa legítima e eficiente à resolução judicial de conflitos. No entanto, observou-se que a falta de uma regulamentação mais precisa e a resistência por parte de operadores do direito ainda limitam seu uso pleno, sugerindo-se a necessidade de maior compreensão e incentivo ao seu emprego.

Palavras-chave: Autotutela; Liberdade Contratual; Inadimplemento Contratual; Autonomia Privada; Resolução de Conflitos.

ABSTRACT

LAVINAS, Sarah. *Self-protection: Reframing and Expansion in the Context of Contractual Breach.*

This study aims to demonstrate the legitimacy to use self-protection grounded in the principles of private autonomy and contractual freedom by private parties as an effective means of conflict resolution in adverse scenarios involving contractual breach. In a context marked by an increasing demand for speed and efficiency in the resolution of private disputes, the relevance of considering self-protection instruments as legitimate tools of self-defense to protect lawful interests is reinforced. The objective of this research is to analyze the structure and function of the main self-protection mechanisms provided for in the Brazilian legal system, assess their practical application, explore their use in non-traditional contexts, and discuss the admissibility of non-codified mechanisms based on an extensive legal interpretation. It investigates how to strengthen the private autonomy of contracting parties by enabling the legitimate use of such instruments through the establishment of ethical and social parameters capable of preventing abuse of rights. The research adopts the deductive method by a qualitative approach, with content analysis of theoretical and legal texts, complemented by quantitative analysis of judicial case data. The findings indicate that self-protection, when applied in a controlled manner and in accordance with the principles of the social function of contracts, objective good faith, and proportionality, may serve as a legitimate and efficient alternative to judicial conflict resolution. However, it was observed that the lack of clearer regulation and the resistance from legal practitioners still limit its full implementation, highlighting the need for broader understanding and encouragement of its use.

Keywords: *Self-Protection; Contractual Freedom; Contractual Breach; Private Autonomy; Conflict Resolution.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CJF	Conselho de Justiça Federal
BGB	Bürgerliches Gesetz Buch
CISG	Convenção de Viena
STJ	Superior Tribunal de Justiça
FGV	Fundação Getúlio Vargas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 AUTOTUTELA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: LEGITIMIDADE, RESTRIÇÕES E FUNDAMENTOS JURÍDICOS	14
1.1 Autotutela, pós-modernidade e transformações na solução de conflitos	14
1.2 Autotutela: conceito e características	22
1.3 Modalidades de autotutela e suas funções	27
1.4 Liberdade como funcionamento constitucional da autotutela	30
1.5 Autotutela como expressão da autonomia privada	33
1.6 Compatibilização das dimensões pública e privada da autonomia	37
1.7 Limites ético-sociais à autonomia privada no Direito Contratual	40
1.7.1 Função social do contrato	43
1.7.2 Boa-fé contratual	49
1.7.3 Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos	59
1.8 Aspectos controvertidos da autotutela	61
1.8.1 Exercício da autotutela como estímulo à violência e consequente comprometimento da ordem pública e perturbação da paz social	62
1.8.2 Monopólio da atividade jurisdicional	64
1.8.3 Violação do devido processo legal	66
1.9 Função preventiva de danos desempenhada pela autotutela	69
1.10 Parâmetros para a identificação da autotutela legítima	72
2 PATOLOGIA DO ADIMPLEMENTO COMO CAMPO FÉRTIL PARA A UTILIZAÇÃO DA AUTOTUTELA	75
2.1 Direito das obrigações no cenário pós-moderno	75
2.1.1 Investigação da Obrigação sob a ótica funcional: o interesse do credor	79
2.1.2 Resultado útil nas obrigações de meio e de resultado	80
2.1.3 Objeto da obrigação: teorias personalista e patrimonialista	82
2.2 Adimplemento à luz da boa-fé	87
2.2.1 Adimplemento substancial como limite à resolução do Contrato e os parâmetros utilizados pela jurisprudência brasileira	90
2.3 Inadimplemento como patologia da relação obrigacional	93
2.3.1 Mora	95
2.3.2 Violação positiva do contrato e sua impertinência ao Direito Brasileiro	97
2.3.3 Mora nas obrigações negativas	100

2.3.4 Inadimplemento absoluto	101
2.3.5 Instituto do Inadimplemento Antecipado	106
2.4 Ampliação dos meios de autotutela contratual.....	114
3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE AUTOTUTELA PRIVADA: TIPOLOGIA E APLICAÇÃO.....	116
3.1 Exceção do contrato não cumprido	116
3.1.1 Exceção do contrato não cumprido em casos de violação da boa-fé objetiva	122
3.1.2 Exceção do contrato não cumprido nas coligações contratuais	124
3.1.3 Exceção de Insegurança: conceito, fundamentos e distinção em relação à exceção do contrato não cumprido	127
3.2 Cláusula resolutiva expressa: contexto, fundamentos e abrangência.....	135
3.2.1 Equilíbrio entre a liberdade de realocação de riscos contratuais e a delimitação do âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa.....	140
3.2.2 Efeitos decorrentes da resolução extrajudicial	141
3.2.3 Ampliação dos espaços de atuação da cláusula resolutiva expressa.....	145
3.2.4 Vedação do exercício abusivo da resolução pelo credor.....	153
3.3 Novos rumos do direito de retenção: necessidade de fortalecimento da autotutela executiva.....	156
3.3.1 Proibição do pacto comissório à licitude do pacto marciano: expansão dos instrumentos de autotutela executiva.....	161
3.3.2 Viabilidade do pacto marciano no Direito brasileiro	166
3.4 Novas fronteiras da autotutela.....	170
3.4.1 <i>Smart Contracts</i> : origem, características e fundamentos	171
3.4.2 Oráculos como elementos de integração entre o mundo real e o digital	176
3.4.3 Vantagens e limites à execução automática dos <i>smart contracts</i>	177
3.4.4 Divergência entre linguagem natural e linguagem computacional: limites da codificação contratual	180
3.4.5 Desafios da autotutela no ambiente de <i>smart contracts</i>	181
CONCLUSÃO.....	186
REFERÊNCIAS.....	191

INTRODUÇÃO

A autotutela, como forma de resolução de conflitos, carrega consigo um histórico de ambiguidade e receios, sobretudo em razão da concepção tradicional de que a solução de conflitos deve estar centralizada na figura do Estado. Sob a ótica da primazia da jurisdição, prevaleceu, por longo tempo, a ideia de que apenas o Poder Judiciário detém legitimidade para dirimir controvérsias de forma legítima e imparcial, relegando a autotutela a uma posição de exceção, tolerada apenas em hipóteses estritamente previstas em lei.

Dessa forma, por um lado, ela é vista com reservas, por se associar à justiça privada, em que o mais forte impõe a sua vontade ao mais fraco, o que historicamente gera insegurança jurídica e desigualdade; por outro lado, quando observada sob a perspectiva contemporânea, que parte da compatibilização das autonomias pública e privada, fundamentada na noção de interdependência entre vontade estatal e autodeterminação dos sujeitos na esfera privada, a autotutela pode ser reformulada como um mecanismo legítimo e eficaz, especialmente no campo contratual, em que as partes envolvidas têm interesse em garantir maior previsibilidade e autonomia na gestão dos seus direitos e deveres.

Assim, ao admitir a autotutela como forma legítima de resolução de conflitos ou de proteção de direitos, o ordenamento jurídico não renuncia ao seu papel regulador. Ao contrário, parte do pressuposto de que o exercício dessa liberdade se dará dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica democrática. Nessa perspectiva, a autotutela, embora expressão da autonomia privada, deve ser compreendida como manifestação autorizada de um sistema jurídico que reconhece a capacidade dos indivíduos de regular suas próprias relações, desde que em conformidade com os princípios constitucionais e com a preservação dos direitos de terceiros.

Apesar da existência de dispositivos legais que autorizam a autotutela no ordenamento jurídico brasileiro, esses mecanismos permanecem subutilizados. Em grande medida, isso se deve à forte tradição da cultura jurídica nacional, que tende a priorizar a jurisdição estatal como via principal de resolução das disputas, muitas vezes sem considerar, de forma adequada, as alternativas disponíveis no plano da autonomia privada. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e as transformações sociais dela decorrentes, tornou-se evidente a necessidade de

reavaliar o modelo tradicional de resolução de conflitos, de modo a acolher mecanismos mais compatíveis com a dinamicidade das relações contemporâneas; no entanto, essa reconfiguração não se consolidou de forma efetiva no ordenamento jurídico nem na prática judicial.

Nesse sentido, a lacuna que se identifica neste estudo é a subutilização da autotutela no Direito Contratual, especialmente no contexto do inadimplemento das obrigações. A autotutela, muitas vezes, é vista como uma solução excepcional às patologias contratuais, ao passo que a sua aplicação sistemática e regulada poderia representar uma alternativa eficaz para otimizar a resolução de conflitos contratuais para equilibrar interesses e diminuir a sobrecarga do sistema judiciário.

Diante disso, impõe-se um olhar mais amplo e estruturado sobre a autotutela, com vistas à sistematização dos mecanismos que a viabilizam, ao incentivo de uma cultura jurídica mais receptiva a essas ferramentas e à definição de limites e parâmetros claros para sua aplicação nas relações privadas, sobretudo no âmbito contratual. É nesse horizonte que se formulam as questões centrais desta pesquisa: a autotutela constitui um meio legítimo e eficaz de proteção de direitos e resolução de conflitos no campo contratual? É possível concebê-la como alternativa válida aos métodos tradicionais de resolução de litígios? Como sistematizar, de modo seguro e juridicamente fundamentado, os mecanismos de autotutela no ordenamento jurídico brasileiro?

Dessa forma, destaca-se a necessidade de reavaliar as formas tradicionais de resolução de conflitos e de buscar alternativas que respondam à dinâmica da sociedade pós-moderna, pois o cenário atual exige maior agilidade, autonomia e flexibilidade nas relações contratuais, sendo fundamental priorizar mecanismos que possam proporcionar às partes maior liberdade para auto soluções, sempre dentro de limites legais e éticos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral deste estudo é analisar se a autotutela contratual, aplicada em casos de inadimplemento, pode ser considerada um meio legítimo de resolução de conflitos; busca-se analisar se essa prática encontra respaldo na Constituição e na ordem jurídica brasileira, se há fundamentos que justifiquem a sua adoção, parâmetros e limites que direcionem sua aplicação.

Os objetivos específicos são: (i) analisar a relação entre autotutela, liberdade e autonomia privada, a fim de compreender se a autotutela constitui uma expressão legítima desses princípios e, portanto, encontra neles seu fundamento; (ii) identificar

as razões que historicamente justificaram a sua vedação e avaliar a viabilidade de superá-las; (iii) examinar o funcionamento prático da autotutela em diferentes situações de inadimplemento e investigar o seu potencial de expansão no cenário jurídico contemporâneo; e (iv) explorar as principais figuras de autotutela previstas no ordenamento jurídico para ampliar a compreensão sobre suas aplicações e limites.

No que diz respeito aos conceitos e diretrizes que sustentam esta pesquisa, destaca-se a sua fundamentação em uma análise crítica dos conceitos de autonomia privada e autotutela, com base na doutrina especializada. Parte-se do conceito de autonomia privada delineado por Luigi Ferri, essencial para compreender a liberdade contratual no Direito Civil. A pesquisa também se apoia na concepção de obrigação como um processo desenvolvida por Clóvis do Couto e Silva, indispensável para a compreensão da obrigação complexa e do contexto de violação de deveres jurídicos. O conceito de autotutela, central nesta investigação, é tratado a partir da definição de Lina Bigliazzi Geri, que a caracteriza como reação a uma lesão efetiva ou potencial, abordagem esta incorporada e desenvolvida por Raquel Bellini Salles, que aprofunda a análise sobre a sua natureza jurídica e os limites impostos pelo ordenamento brasileiro. O marco teórico considera, adicionalmente, os princípios constitucionais e a jurisprudência relevante, ao compor o alicerce necessário para a análise crítica sobre a ampliação da autotutela em contextos de inadimplemento.

Adicionalmente, a presente pesquisa insere-se de forma direta na linha de pesquisa do Programa de Mestrado intitulada Efetividade do Direito Privado e Liberdades Cíveis, por investigar a autotutela como mecanismo de realização prática dos direitos no âmbito das relações privadas. Ao examinar a autonomia privada, a inadimplência e os limites jurídicos da autotutela, o estudo busca compreender em que medida esses institutos contribuem para a efetivação dos direitos civis para assegurar maior liberdade e segurança jurídica às partes envolvidas. O trabalho conecta-se com os objetivos da linha de pesquisa ao discutir instrumentos que fortalecem a proteção de direitos e ampliam a eficácia do Direito privado, em respeito aos princípios constitucionais e às liberdades fundamentais. Além disso, a reflexão crítica proposta visa a aprimorar a compreensão dos meios legítimos de autotutela e a sua adequação ao Estado Democrático de Direito, em contribuição ao equilíbrio entre a liberdade individual e a ordem jurídica.

A presente pesquisa adota a metodologia dedutivo-jurídico-teórica (ou dogmática), com base na análise de conceitos fundamentais do Direito, como

liberdade, autonomia privada, função social do contrato e boa-fé objetiva, para examinar a legitimidade da autotutela contratual no ordenamento jurídico brasileiro. Parte-se de uma abordagem sistemática, que busca interpretar as normas à luz dos princípios constitucionais, a fim de reconstruir a compreensão tradicional da autotutela e destacar sua possível aplicação legítima e eficiente nas relações contratuais. O estudo se desenvolve por meio de pesquisa bibliográfica e documental, envolve doutrina especializada, legislação e jurisprudência, com o objetivo de propor uma sistematização coerente dos mecanismos de autotutela à luz da racionalidade jurídica contemporânea.

No que se refere à estrutura da pesquisa, o primeiro capítulo se dedica à construção do conceito de autotutela legitimada pelo ordenamento jurídico. Essa construção apoia-se nos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, delimita-se por parâmetros ético-sociais consagrados, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o princípio da conservação dos negócios jurídicos – elementos que visam a afastar qualquer traço de arbitrariedade em seu exercício. Ademais, procede-se à análise crítica dos principais argumentos contrários à autotutela, com o objetivo de evidenciar a fragilidade de suas premissas e justificar sua releitura sob uma perspectiva contemporânea.

No segundo capítulo, analisa-se o contexto específico em que a autotutela se consolida: o inadimplemento contratual. Para tanto, torna-se essencial compreender as transformações experimentadas pelo Direito das Obrigações na transição do Estado Liberal para o Estado Social. Nesse processo de evolução, a obrigação deixa de ser concebida como uma relação estática, centrada na prestação principal, e passa a ser compreendida como um processo dinâmico, orientado à realização efetiva do interesse do credor. Assim, o cumprimento da obrigação é ressignificado sob uma perspectiva ampliada de adimplemento, que busca assegurar não apenas a entrega formal da prestação, mas também a obtenção de seu resultado útil.

Após delineado o cenário no qual se insere a pesquisa, o terceiro e último capítulo se dedica à análise dos mecanismos de autotutela previstos no ordenamento jurídico, com o propósito de enfrentar sua subutilização e identificar os equívocos interpretativos que ainda limitam sua aplicação. O objetivo é propor uma nova perspectiva de leitura desses instrumentos, direcionada à consolidação de sua vocação expansiva. Para isso, examinam-se tanto os mecanismos expressamente

positivados quanto aqueles que, embora não previstos de forma explícita, encontram espaço legítimo de aplicação na prática contratual.

Os mecanismos são estudados conforme a função que desempenham – conservativo-cautelar, resolutiva ou satisfativa – reconhece-se suas potencialidades e a possibilidade de um mesmo instrumento exercer mais de uma função, de acordo com o contexto em que é aplicado. A partir da identificação da *ratio* de cada mecanismo, investiga-se a viabilidade de que as partes, desde que observadas suas finalidades e fundamentos jurídicos, exerçam sua autonomia privada para instituir mecanismos convencionais de autotutela, mesmo na ausência de previsão legal expressa.

Por fim, analisa-se a aplicação da autotutela no contexto dos *smart contracts*, destaca-se as suas particularidades e examina-se as implicações jurídicas e práticas decorrentes da identificação do inadimplemento nesse ambiente digital automatizado. Pretende-se, adicionalmente, averiguar as peculiaridades e os desafios que a autotutela enfrenta nesse cenário, considera-se as especificidades tecnológicas desses instrumentos e investiga-se as suas limitações.

1 AUTOTUTELA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: LEGITIMIDADE, RESTRIÇÕES E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O primeiro capítulo deste trabalho tem por objetivo apresentar o conceito de autotutela no âmbito das relações contratuais, destaca-se a sua legitimidade jurídica e afasta-se a ideia reducionista de que se trata de uma forma arbitrária ou pejorativa de justiça privada. Parte-se do reconhecimento de que a autotutela encontra fundamento nos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, e pode ser exercida validamente pelos particulares em hipóteses específicas. Busca-se, adicionalmente, demonstrar que a arbitrariedade não é característica inerente à autotutela e manifesta-se apenas quando houver abuso no exercício do direito.

1.1 Autotutela, pós-modernidade e transformações na solução de conflitos

Para a compreensão adequada dos fundamentos, da amplitude, das limitações e da relevância do instituto da autotutela, mostra-se imprescindível a retomada do contexto histórico em que se insere, especialmente ao considerar o conceito de pós-modernidade e a releitura do Direito Civil à luz da Constituição. Nesse panorama, será igualmente objeto de análise o fortalecimento progressivo dos meios alternativos de solução de conflitos, os quais se apresentam como instrumentos fundamentais para a efetivação da justiça na contemporaneidade.

A análise demanda, inicialmente, a delimitação do conceito de pós-modernidade, cujos contornos teóricos são essenciais para compreender as transformações que permeiam a sociedade e refletem diretamente no campo jurídico. O termo pós-modernidade foi utilizado, pela primeira vez, na América Hispânica, na década de 1930, pelo escritor Frederico de Onís, no âmbito da poesia, para se referir ao seu momento contemporâneo¹. Ainda que não haja consenso sobre a terminologia – ou seja, sobre o uso do termo pós-modernidade – sua formulação surge como resposta à complexidade crescente da sociedade e à insuficiência das ideias de permanência e certeza que marcaram a modernidade. Nesse contexto, define-se a pós-

¹ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade, felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 14.

modernidade em contraste com os fundamentos da modernidade, adotando uma perspectiva sensível às relações complexas e à valorização do conteúdo sobre a forma, ao se orientar por princípios como mutabilidade, impermanência, probabilidade e relatividade.

Ao observar o momento presente, percebe-se que a modernidade não foi completamente superada. Vive-se um período de transição², em que há uma ruptura com os modelos sociais, econômicos e políticos vigentes, mas se está em processo de reformulação das estruturas e instituições herdadas desse paradigma. Assim, não se pode afirmar que as amarras da modernidade foram deixadas para trás; há um movimento em direção à sua superação. A transição impacta diretamente o Direito, reflete-se em diversas áreas, como na responsabilidade civil e nos métodos de resolução de conflitos. Neste último campo, por exemplo, utiliza-se a autotutela como medida excepcional; portanto, ao se empregar o termo *pós-modernidade*, é essencial considerar o contexto de transição em que ele se insere.

A passagem da modernidade para a pós-modernidade também trouxe mudanças na concepção de segurança jurídica, que deixou de ser associada à uniformidade de decisões aplicadas indiscriminadamente a situações distintas e passou a ser entendida como o compromisso do intérprete em seguir parâmetros que conduzam à decisão justa, guiada pelos princípios que estruturam a ordem jurídica, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Os conceitos de segurança jurídica estiveram vinculados historicamente ao positivismo jurídico, o qual orientava a aplicação do Direito de maneira mecânica, desconsiderava valores éticos e a busca por decisões justas. Esse paradigma passou a ser questionado após o término da Segunda Guerra Mundial, quando emergiu uma crítica consistente ao positivismo e um movimento de rejeição às leis injustas, especialmente àquelas que violavam a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, diversas nações iniciaram a elaboração de novas Constituições, comprometidas com a preservação da democracia e fundamentadas na solidariedade social e na proteção da dignidade humana.

² Rogério Donnini informa que seria um interregno em: DONNINI, Rogerio. **Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade, felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 24.

Na Europa, esse cenário impulsionou a necessidade de uma releitura do Direito Civil à luz das novas normas constitucionais. As Constituições promulgadas naquela época introduziram uma visão mais humanitária e solidária do Direito, e posicionava a pessoa humana como o centro do ordenamento jurídico. Dessa forma, as codificações civis vigentes — estruturadas conforme os ideais individualistas e patrimonialistas das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX — passaram a entrar em conflito com a nova proposta jurídica, que buscava superar a lógica patrimonialista e valorizar princípios de justiça social³.

Como aludido por Anderson Schreiber, não se tratava de obsolescência das codificações civis, mas de um conflito de valores e ideologias que representava uma colisão axiológica entre a Constituição e o Código Civil⁴. O contexto histórico não dava mais espaço para a neutralidade ideológica dos institutos de Direito Civil, que justificaram a preservação da ordem jurídica ainda que sob o autoritarismo fascista e nazista. É sob esse contexto que surge a metodologia civil-constitucional, que preconiza a releitura dos institutos de Direito Civil à luz dos valores constitucionais e promove uma reconstrução dos pilares do Direito Civil.

No Brasil, a Constituição de 1988 representou a consolidação dos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da promessa de redução das desigualdades, da erradicação da pobreza, dentre outros de cunho humanista, como pilares do Estado Democrático de Direito, em resposta evidente ao período da ditadura militar. Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, o Código Civil de 1916, que estava vigente à época, inspirava-se nos ideais liberais e individualistas das revoluções burguesas. Sendo assim, enquanto o Código Civil de 1916 prezava pela liberdade contratual e pelo livre exercício da propriedade privada, sendo ancorado na responsabilidade civil por culpa, a Constituição de 1988, ao partir da centralidade da pessoa humana, considerada prioridade de proteção do ordenamento jurídico, apresentava como norteadores os valores da função social da propriedade e da socialização dos riscos, por exemplo.

³ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 747, jan. 1988, p. 38.

⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

Os defensores da metodologia civil-constitucional⁵ propõem uma releitura crítica e sistemática dos institutos do Direito Civil à luz dos princípios e valores da Constituição, visando à maior coerência do ordenamento jurídico e à efetiva proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas⁶.

Segundo Pietro Perlingieri, há três pressupostos teóricos fundamentais que constituem a base da metodologia civil-constitucional, quais sejam: (i) a natureza normativa da Constituição; (ii) a complexidade e a unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do Direito; e (iii) o desenvolvimento de uma teoria da interpretação renovada, de fins aplicativos⁷. A eficácia normativa da Constituição se contrapõe à concepção tradicional que interpreta a Constituição como mera carta política ou norma de conteúdo programático, que depende de lei ordinária para produzir plenos efeitos. Ao contrário, em casos de lacuna aparente da legislação ordinária, há a incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas, dado que o Direito Civil se insere no ordenamento jurídico e é guiado pelos princípios constitucionais, e sua interpretação deve estar em sintonia com referido diploma.

⁵ Para além dos mencionados doutrinadores, ressalta-se que não se ignora a existência de obras de outros autores que buscaram entender e se debruçar sobre os temas da constitucionalização do direito civil.

⁶ Menciona-se os autores Rui Geraldo Camargo Viana, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, Glauber Moreno Talavera, Marcos Alberto Sant'anna Bitelli, Maurício Pessoa, Rogério Ferraz Donnini o quais, por meio da obra coletiva – VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 – os autores ora mencionados colaboram com artigos que buscam a compatibilização do Código Civil de 1916 com a Constituição brasileira de 1988, defendendo a eficácia imediata dos princípios previstos no diploma constitucional nas relações privadas. Nesse sentido, Rogério Ferraz Donnini, ao discorrer sobre a Teoria clássica dos contratos e sua compatibilização com boa-fé constata: “Há quem sustente ter sido pouco aplicado o princípio da boa-fé nas relações contratuais, diante da falta de uma disposição expressa no Código Civil. Não seguiremos essa posição, visto que o princípio da força obrigatória dos pactos também não possui qualquer dispositivo, mas decorre da própria natureza do contrato. A boa-fé, por ser um princípio fundamental, deve sempre nortear qualquer relação contratual.” (DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 70-79). Ademais, menciona-se a obra CICCIO, Maria Cristina de; MARINANGELO, Rafael. **Direito Civil Comparado Itinerários**. Rio de Janeiro: Processo, 2023; e os professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes. Estes últimos, após chegarem da Itália, local em que concluíram o curso da Scuola di Specializzazione in Diritto Civile da Università di Camerino, trouxeram consigo a metodologia apreendida das aulas de Pietro Perlingieri. Para conhecer mais a fundo essa metodologia civil-constitucional trazida pelos mencionados civilistas, recomenda-se a leitura dos seguintes textos: TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22; e MORAES, Maria Celina Bodin, A Caminho de um Direito Civil-Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, 1993, p. 21-32.

⁷ PERLINGIERI, Pietro, La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 31, 2007. p. 75-86.

No que se refere ao segundo pressuposto, Perlingieri observa que, embora o ordenamento jurídico seja composto por diversas normas, ele permanece como um sistema unitário, orientado pelos valores constitucionais. Essa perspectiva se contrapõe à teoria dos microssistemas⁸, segundo a qual cada conjunto normativo funcionaria de maneira autônoma, regido por sua lógica interna e sem necessidade de harmonização com os demais. Ressalte-se que essa teoria apresenta fragilidades conceituais, ao desconsiderar o Código Civil como eixo estruturante do Direito Civil e ao propor a fragmentação do ordenamento jurídico em legislações esparsas, desprovidas de unidade e de um mínimo direcionamento valorativo.

A metodologia civil-constitucional, por sua vez, corresponde a uma forma específica de interpretar o Direito Civil: trata-se de assegurar que esse ramo do Direito seja lido e aplicado à luz das diretrizes e dos princípios constitucionais, com o objetivo de maximizar a concretização dos valores fundamentais estabelecidos na ordem jurídica.

Ressalta-se que, após a promulgação do Código Civil de 2002, essa metodologia continua essencial e deve ser empregada constantemente na interpretação do diploma legal de Direito Privado. O projeto do novo Código foi elaborado na década de 1970, e apresenta, portanto, desalinhamento com a tábua axiológica da Constituição de 1988⁹. Assim, a releitura contínua dos institutos civilísticos sob a ótica dos valores constitucionais é imprescindível em todas as atividades interpretativas do operador do Direito, pois somente por meio de uma interpretação integrada, que considere os valores e as finalidades do sistema jurídico é possível alcançar soluções juridicamente adequadas¹⁰.

Como consequência do neoconstitucionalismo, movimento percorrido pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, desenvolvido na Europa durante a

⁸ Sobre a Teoria dos Microssistemas menciona-se a obra de Natalino Irti, defensor de referida teoria na Itália: IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1999, p. 126.

⁹ Como exemplos, no direito de família, o Código Civil de 2002 não versou sobre união homoafetiva em nenhum momento e no campo do direito dos contratos a codificação manteve a previsão da prisão civil do depositário infiel (art. 652), por exemplo, situação contrária ao Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, e aos valores constitucionais. Assim, embora com a absorção de princípios por cláusulas gerais como o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a codificação de 2002 não pressupõe a desnecessidade da releitura de seus dispositivos e institutos conforme os valores constitucionais.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Obra coletiva organizada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 233-258.

segunda metade do século XX e, no Brasil, após a Constituição de 1988¹¹, que promoveu a constitucionalização do Direito, o que inclui, mas não se limita ao Direito Civil, observou-se a ascensão institucional do Poder Judiciário. Verificou-se um aumento expressivo da demanda por justiça na sociedade brasileira, impulsionado pelo fenômeno da judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter os tribunais como órgãos decisórios finais.

No contexto de ampliação de atuação do Judiciário, ganham espaço os métodos consensuais de conflitos, regidos pelos seguintes marcos regulatórios: (a) a Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que, em grau de norma administrativa, instituiu e continua a reger a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos; (b) os novos dispositivos do Código de Processo Civil; e (c) as normas promulgadas sucessivamente como a Lei de Mediação (Lei nº. 13.140/2015)¹².

As vias alternativas de solução de conflitos têm como objetivo facilitar e agilizar o acesso das pessoas à tutela de seus direitos, concretizando o que Capelletti denominou de “terceira onda” de acesso à justiça¹³. Concentram-se no fortalecimento de instituições, mecanismos, agentes e procedimentos voltados não apenas para a resolução, mas também para a prevenção de disputas nas sociedades contemporâneas¹⁴. O propósito dessas vias não é substituir as técnicas tradicionais de resolução de conflitos, mas ampliar as opções disponíveis e tornar o acesso à justiça mais efetivo e abrangente.

No âmbito dos meios alternativos de solução de conflitos, incluem-se tanto os métodos de heterocomposição quanto os de autocomposição¹⁵. Na

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58/2007, p. 129-173, jan.-mar., 2007.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹³ Não se ignora que tanto a arbitragem quanto a mediação são objeto de críticas e apresentam limitações, estando sujeitas a aprimoramentos contínuos para garantir maior efetividade, acessibilidade e equidade em sua aplicação; contudo, é nítido que se trata de vias alternativas legítimas e eficazes, que têm como intenção diversificar as formas de solucionar conflitos, somando forças ao Poder Judiciário.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nothfleet. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1988. p. 68.

¹⁵ Ada Pellegrini ao fazer uma distinção entre a arbitragem, método adversarial de heterocomposição, e a mediação e conciliação, métodos da Justiça Conciliativa e, portanto, promovendo a autocomposição de interesses, destaca: “Mas a arbitragem, instrumento de heterocomposição, embora apresente altos méritos, sendo mais adequada do que o processo para um determinado grupo de controvérsias, ainda é um método adversarial, em que a decisão é imposta as partes, não pelo juiz, mas pelo árbitro. Já a

heterocomposição, atribui-se a resolução da controvérsia a um terceiro neutro e imparcial, externo ao Poder Judiciário; na autocomposição, as partes envolvidas dialogam e constroem uma solução para o conflito, com ou sem o auxílio de um terceiro facilitador. A arbitragem é um exemplo clássico de heterocomposição, na qual o árbitro é responsável por decidir a controvérsia; por outro lado, a mediação caracteriza-se como um meio de autocomposição; embora conte com a presença de um terceiro imparcial, sua função principal é estimular que as partes reflitam sobre a disputa e alcancem, de forma cooperativa uma solução amigável, sem adotar a técnica adversarial.

Os meios alternativos de resolução de conflitos apresentam fundamentação legal sólida, o que por si justifica a sua existência, legitimidade e a relevância de sua aplicação e estudo, independentemente do contexto vivenciado pelo Poder Judiciário. Embora não seja imprescindível a sobrecarga do Judiciário para justificar o desenvolvimento dessas vias, é inegável que esse cenário atua como fator propulsor, ampliando o interesse e a adoção prática desses mecanismos.

Como aponta Ada Pellegrini Grinover ao tratar da Justiça Conciliativa¹⁶, o Judiciário, mesmo ao avançar em diversos aspectos, enfrenta atualmente uma sobrecarga significativa decorrente do aumento constante de demandas. O volume elevado de processos desafia a capacidade de resposta do sistema e torna-o, em muitos casos, incompatível com a celeridade esperada para a tutela eficaz dos direitos. Em adição, a ineficiência do Estado Juiz pode trazer prejuízos incalculáveis à economia e ao bem-estar social por gerar consequências futuras de desconfiança, a exemplo da desconfiança de investidores, que visualizam a ausência de uma resposta adequada da justiça como fomento ao descumprimento das obrigações. Como consequência da desconfiança generalizada está a exigência de maiores garantias, análises de crédito continuamente mais robustas, contratos mais

autocomposição, que abrange uma multiplicidade de instrumentos, constitui técnica que leva os detentores de conflitos a buscarem a solução conciliativa do litígio, funcionando o terceiro apenas como intermediário que ajuda as partes a se comporem. Por isso, os instrumentos que buscam a autocomposição não seguem a técnica adversarial.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5., abr. 2008.)

¹⁶ São métodos de Justiça Conciliativa os que viabilizam a autocomposição de interesses, ou seja, aqueles nos quais as partes são protagonistas da solução conferida ao conflito, conforme GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5., abr. 2008.

complexos e densos, bem como o aumento de serviços e bens decorrente do repasse desses custos, atrelado à inefetividade da justiça¹⁷.

A realidade evidencia a importância de métodos alternativos como ferramentas de apoio para ampliar e diversificar as formas de acesso à justiça. Nesse cenário, ganham destaque instrumentos que, embora não substituam a jurisdição estatal, complementam-na ao oferecer soluções mais ágeis, democráticas e eficazes. Entre esses mecanismos, destaca-se a autotutela, expressão direta da autonomia privada, que permite aos particulares resolverem conflitos que envolvem os seus interesses legítimos. Ainda que se insira no conjunto de meios alternativos de solução de controvérsias, a autotutela não se enquadra na divisão tradicional entre autocomposição e heterocomposição. Trata-se de uma terceira via, com características próprias, que se analisará ao longo deste trabalho. Fundamentada na iniciativa dos sujeitos titulares de direitos, a autotutela contribui não apenas para a redução da judicialização, mas também para a estabilidade econômica e o fortalecimento do sistema de tutela de direitos.

O Estado não deve perceber os mecanismos decorrentes da autonomia privada como um fator de enfraquecimento do Poder Judiciário ou como afastamento da tutela jurisdicional, mas como instrumentos complementares à concretização da justiça; deve intervir quando identificado o uso abusivo dessa autonomia, em prejuízo de terceiros ou da ordem pública. Desta forma, cabe ao Estado não apenas reprimir abusos e restabelecer o equilíbrio entre as partes, mas também assegurar aos sujeitos a possibilidade de recorrer a meios eficazes para a tutela de seus interesses.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento de que a via judicial, apesar de central no sistema de justiça, não constitui o único caminho legítimo para a proteção de direitos, revela-se, por vezes, morosa e insuficiente diante das demandas complexas da sociedade contemporânea. Deve-se saber identificar quando a solução proposta pelas partes é mais adequada para proteger os interesses em questão.

¹⁷ JOBIM, Marco Félix; PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. A desjudicialização da execução e a delegação de atividades de satisfação do direito. In: BELIZZE, Marco Aurélio; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Execução civil: novas tendências**. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 718.

1.2 Autotutela: conceito e características

A autotutela encontra previsão no ordenamento jurídico e está presente em diversas figuras reconhecidas legalmente. Apesar disso, trata-se o instituto geralmente como um meio excepcional de proteção de direitos, em razão da primazia atribuída historicamente à jurisdição estatal. Essa concepção tem origem na vedação das formas primitivas de justiça privada, marcadas pela lógica da lei de talião (olho por olho, dente por dente)¹⁸, em que o exercício arbitrário e coercitivo de um direito era identificado com a autotutela e visto como prática de vingança pessoal, alheia a qualquer controle institucional.

Nota-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há o reconhecimento expresso do poder geral de autotutela, considerada, em regra, proibida¹⁹ e apenas excepcionada nos casos previstos em lei quando verificados os requisitos exigidos. Essa postura decorre, em parte, de uma concepção tradicional, segundo a qual a justiça seria monopólio do Estado, sob o argumento de que o direito emana dessa instituição; cabe-lhe, portanto, preservar a paz e a ordem social²⁰. Tal visão, contudo, tende a desconsiderar a natureza normativa dos contratos, os quais constituem expressão da autonomia privada e funcionam como instrumentos legítimos de autorregulação das relações entre particulares – são, portanto, igualmente fontes de obrigações juridicamente válidas, cuja defesa deveria ser assegurada também por meios privados.

Nessa perspectiva, os Estados modernos de Direito consolidaram a ideia de que a tutela dos direitos subjetivos dos indivíduos deve ser exercida, preferencialmente, por meio da jurisdição estatal. O Estado passou a substituir o titular do direito na sua defesa, ao condicionar o exercício das pretensões jurídicas à provocação do Poder Judiciário e restringir, por conseguinte, o espaço de atuação da vontade privada.

¹⁸ A chamada Lei de Talião, princípio de justiça retributiva consagrado na antiguidade, estabelecia a punição proporcional ao dano causado — “olho por olho, dente por dente” — como forma de limitar a vingança desmedida. Esse princípio está presente, por exemplo, no **Código de Hamurábi** (século XVIII a.C.) e em passagens do Antigo Testamento, como em Êxodo 21:24.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1, 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 166; e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 51, todos afirmam a admissibilidade da autotutela somente em casos “excepcionalíssimos”. Nesse sentido, também se encontra MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31, reportam a proibição da autotutela.

²⁰ BIANCA, Massimo. Autotutela. **Enciclopedia del diritto**, IV, Aggiornamento, 2000, p. 131.

Ainda que se conceba a autotutela como meio excepcional de se fazer justiça, o primeiro esforço sistemático e reconstrutivo da autotutela foi desenvolvido por Emilio Betti, para quem esse instituto consiste na proteção direta de um interesse pelo titular, sem a intermediação de terceiros ou do Estado²¹. Em contraposição ao princípio da executóriedade dos atos administrativos, conferido à Administração Pública e legitimado pelo ordenamento jurídico, a autotutela de interesses particulares, em regra, é vedada no Estado Moderno; o seu exercício é com frequência tipificado como crime. Apenas em hipóteses excepcionais previstas em lei, o ordenamento faculta ao particular reagir diretamente à lesão de seu direito. Emilio Betti aponta como exceções legítimas o estado de necessidade e a legítima defesa; ressalta que, para a sua configuração, devem ser observados requisitos como a proporcionalidade da reação, a atualidade do perigo e o caráter injusto da agressão.

Dessa forma, de maneira pontual e restrita, Betti também reconhece a possibilidade de autotutela consensual em contextos específicos, como nos casos de compensação de créditos e na imposição de astreintes. Vale ressaltar, por fim, que Betti não desenvolveu o conceito de autotutela sob a ótica da reação à lesão de direitos, limitou-se a entendê-la como um mecanismo de proteção de interesses exercido diretamente pelo titular.

Posteriormente, Lina Geri conceituou a autotutela como a atuação unilateral de um sujeito de direito que, sem recorrer ao Estado, busca assegurar ou defender um interesse próprio mediante medidas concretas que incidem diretamente sobre a esfera jurídica de outro²². Ao desenvolver essa concepção, a autora vinculou a autotutela à ideia de reação ante a lesão de um interesse legítimo, e reconheceu que a lesão pode ser tanto efetiva e atual quanto potencial. Para Geri, portanto, a autotutela não se limita a situações em que o direito já tenha sido violado; abrange hipóteses em que a ameaça de lesão justifica a intervenção imediata do titular do interesse, sempre nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Ao partir dessa linha teórica, a definição de autotutela que se adota alinha-se, em termos gerais, à perspectiva proposta por Lina Geri, com ênfase particular no âmbito contratual. A autotutela ora tratada configura-se como um mecanismo de reação a uma lesão a um direito, efetiva ou potencial, exercida diretamente pelo titular do direito lesado, cujo uso legítimo exige proporcionalidade em relação à gravidade

²¹ BETTI, Emilio. Autotutela. In: **Enciclopedia del diritto**, v. IV, 1959, p. 529.

²² GERI, Lina Bibliazzi. Autotutela: II) Diritto civile. **Enciclopedia giuridica Treccani**, IV, 1988, p. 2.

da lesão, e se situa especificamente no contexto do inadimplemento contratual. Cumpre destacar que o reconhecimento da legitimidade do instrumento convencional de autotutela pressupõe a existência de um negócio jurídico válido e eficaz; na hipótese de vício do consentimento, este deve ser sanado previamente e, caso se verifique vício social, o contrato será declarado nulo, o que geralmente impede a produção de efeitos do mecanismo de autotutela nele previsto.

No entanto, ainda que Lina Geri ofereça uma definição de autotutela que, em essência, é acolhida no presente trabalho, destaca-se que, em consonância com a doutrina tradicional e à semelhança de Emilio Betti, sua concepção atribui a esse instituto um caráter eminentemente excepcional²³, admitido apenas em hipóteses previstas estritamente pelo ordenamento jurídico. Para ambos os autores, a autotutela representa uma ruptura com o princípio do monopólio estatal da jurisdição, razão pela qual a sua utilização deve ser controlada e limitada de forma rígida a situações excepcionais. Essa concepção reforça a premissa de que, em um Estado de Direito, a solução de conflitos deve, prioritariamente, ser confiada às instituições jurisdicionais estatais, e relega a autotutela a um papel subsidiário e restrito.

Em contraste com essa visão, o presente trabalho propõe uma abordagem ampliativa da autotutela, especialmente no contexto do inadimplemento contratual, reconhecendo-a como um instituto legítimo e funcional de tutela de direitos, fundamentado na autonomia privada, devidamente condicionado aos limites legais e aos princípios da boa-fé e da proporcionalidade.

Tanto Betti²⁴ quanto Geri²⁵ rejeitam a existência de uma correlação substancial entre autonomia privada e autotutela. Para os autores, enquanto a autonomia privada se refere à capacidade das partes de criar normas jurídicas para reger seus interesses – mediante a celebração de negócios jurídicos válidos – a autotutela constitui a execução unilateral e direta desses interesses, notadamente em situações de conflito, o que a torna, na sua visão, essencialmente desvinculada do princípio da autonomia. Nos dizeres de Betti:

Consequentemente, a razão que justifica o reconhecimento jurídico da autotutela é distinta da autonomia privada: nesta, homenageia-se o poder de obrigar-se a cooperar e a dispor dos próprios interesses, estabelecendo-lhes

²³ GERI, Lina. **Profili sistematici dell'autotutela privata**. Milano: Giuffrè, 1971. p. 68.

²⁴ BETTI, Emilio. Autotutela. In: **Enciclopedia del diritto**, v. IV, 1959.

²⁵ GERI, Lina. **Profili sistematici dell'autotutela privata**. Milano: Giuffrè, 1971. p. 68.

uma norma; não é assim na autotutela. A respectiva sanção também é diferente, que para a autonomia privada reside no valor vinculativo da estrutura de interesses estabelecida, enquanto para a autotutela reside, como na protecção processual, na auto-responsabilidade que é correlativa a cada ônus. Só isso afronta o princípio que reserva a protecção processual da lei ao Estado (nossa tradução)²⁶.

Não obstante parte da doutrina italiana tradicional diferencie a autotutela da autonomia privada e acredite não ter aquela fundamentação nesta, há autores que defendem a existência de um poder geral de autodefesa consensual justificado no consentimento prévio da parte contrária; a autotutela é a expressão da autonomia privada e, conseqüentemente, meio pelo qual o sujeito tutela os seus interesses²⁷.

Acredita-se que se os indivíduos têm o poder de estabelecer direitos, deveres e cumpri-los, também têm autonomia para tutelar o direito por eles convencionados; há ligação direta entre o estabelecimento de obrigações e a defesa de seus interesses²⁸. Dessa forma, tendo em vista que o Direito se constitui de normas, objeto de estudo da ciência jurídica, que se subdividem em normas-princípio e normas-regra, pode-se dizer que o fundamento da autotutela se encontra no princípio da autonomia privada. Robert Alexy menciona que princípios são relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto as regras concretizam os princípios em um segundo nível e apresentam menor grau de indeterminabilidade²⁹. Ainda que mais abrangentes, os princípios têm eficácia imediata e não dependem de regras para serem viabilizados.

Nesse sentido, as situações em que é cabível a autotutela não precisam estar previstas de forma exaustiva no ordenamento jurídico para que se reconheça a sua legitimidade, por decorrerem diretamente do princípio da autonomia privada. Este, segundo Pietro Perlingieri, consiste no “poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes

²⁶ BETTI, Emilio. Autotutela, Diritto Privado. **Enciclopedia del diritto**, IV, 1959, p. 537. Texto original em italiano: *Differente e, per conseguenza, la ragione che giustifica il riconoscimento giuridico dell'autotutela dell'autonomia privata: in questa si rende omaggio alla potestà di obbligarsi ad una cooperazione e di disporre de' propri interessi, prescrivendo loro una regola; non così nella autotutela. Differente è anche la rispettiva sanzione, che per l'autonomia privata sta nel valore vincolante del disposto assetto d'interessi, laddove per l'autotutela sta, come nella tutela processuale, nell'autoresponsabilità che è correlativa ad ogni onere. Soltanto questa trova di fronte a sé il principio che riserva allo Stato la tutela processuale del diritto.*

²⁷ SATURNO, Angelo. **L'autotutela privata**. Napoli: ESI, 1995.

²⁸ SATURNO, Angelo. **L'autotutela privata**. Napoli: ESI, 1995, p. 89.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 135 et seq.

jurídicas [efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”³⁰; portanto, os atos de autotutela configuram manifestações da liberdade intersubjetiva e da autodeterminação do indivíduo.

No que diz respeito às principais características que definem a autotutela contratual no contexto do inadimplemento, foco específico deste estudo, é possível identificar três aspectos essenciais que a delimitam e a distinguem no âmbito jurídico, a saber: a defesa de um interesse legítimo, a extrajudicialidade e a unilateralidade do comportamento de quem a utiliza³¹.

No tocante à primeira característica, referente ao fato de a autotutela se propor diretamente à defesa de um interesse, significa dizer que o instituto visa a conferir aos particulares a possibilidade de tutela direta de um interesse legítimo contra uma lesão efetiva ou potencial. O interesse legítimo faz surgir uma situação subjetiva complexa, na qual se estabelecem deveres, obrigações e ônus; relaciona-se diretamente à solidariedade presente em âmbito constitucional³², eis que para a sua realização é necessário um esforço conjunto. Tendo em vista que a situação jurídica envolve uma diversidade de interesses, ela pode ser tutelada por um negócio jurídico em específico ou por vários contratos conexos; é possível o exercício de mecanismos de autotutela quando se verificar a lesão de um interesse legítimo, desde que presentes os requisitos para a conexão entre os contratos³³.

A extrajudicialidade, por sua vez, é uma característica aceita de modo amplo pela doutrina tradicional; o instituto da autotutela é pensado para ser utilizado fora do âmbito judicial, buscar maior agilidade e efetividade na solução do conflito. No entanto, isso não significa que a autotutela fique totalmente desvinculada do controle do Judiciário. Caso haja abusos, por exemplo, a atuação da autotutela pode ser revista judicialmente, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso de direito.

A unilateralidade, por fim, refere-se à conduta tomada pela parte que exerce a autotutela, o que significa que a ação da parte lesada, ou a inação, no caso do

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007., p. 17.

³¹ Essas características foram retiradas da obra: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 94.

³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 121.

³³ A autotutela nos contratos conexos será abordada no capítulo três.

exercício do direito de resistência, prescinde de qualquer validação *a priori*³⁴ da outra parte ou de terceiros.

É importante não confundir a unilateralidade do comportamento que aciona o mecanismo de autotutela da unilateralidade de previsão ou de elaboração do instrumento de autotutela. A unilateralidade identificada como característica da autotutela é a primeira, ou seja, a unilateralidade do comportamento do agente que teve o seu direito lesado, representado pela sua capacidade de reagir e proteger o seu interesse; portanto, a unilateralidade se refere à ação de proteção de um interesse legítimo que merece tutela e não à previsão do instituto da autotutela, que pode decorrer diretamente da lei, nos casos em que não há necessidade de previsão contratual expressa, a exemplo da exceção do contrato não cumprido, ou ser estabelecido pelas partes, de forma consensual, mesmo que apenas uma delas o acione na prática, como é o caso da cláusula resolutiva expressa.

Os instrumentos de autotutela podem estar expressamente previstos em lei — como ocorre com o direito de retenção e a exceção de contrato não cumprido — ou resultar da ampliação interpretativa conferida pela doutrina e jurisprudência. Assim, a validade e a eficácia da autotutela não dependem, necessariamente, de previsão legal expressa, podendo decorrer de convenção estabelecida entre as partes, desde que destinada à proteção de interesses legítimos.

Logo, um pressuposto da autotutela é a ausência de taxatividade de seus instrumentos; contanto que respeitados os princípios sociais presentes no ordenamento jurídico, em destaque a boa-fé objetiva e a função social do contrato, bem como a sua estipulação ser em comum acordo entre as partes, sem qualquer presença de vícios, os contratantes podem estabelecer mecanismos de autotutela que atendam os seus interesses.

1.3 Modalidades de autotutela e suas funções

A autotutela, como instituto jurídico, carece de um estudo sistemático e abrangente, o que dificulta a compreensão plena de seus diversos mecanismos e das funções que desempenham nas relações jurídicas. A ausência de análise sob perspectiva ampla limita a identificação precisa de sua finalidade, alcance e das

³⁴ Diz-se *a priori* pelo fato de a autotutela sempre poder ser revisitada pelo Judiciário, caso acionado, ou por terceiro eleito pelas Partes, se convencionado dessa forma.

implicações jurídicas decorrentes de sua utilização. Para melhor compreensão do tema, propõe-se classificar os mecanismos de autotutela conforme a função que desempenham nas relações contratuais; a classificação é o ponto de partida para uma abordagem mais estruturada do instituto, facilita a compreensão e a utilização adequada da autotutela nas relações contratuais.

Ao partir da necessidade de sistematização da autotutela, adota-se a classificação proposta por Raquel Bellini de Oliveira Salles³⁵. De acordo com a autora, os instrumentos de autotutela podem ser subdivididos em três categorias principais, conforme a função que desempenham em dada situação, a saber: conservativo-cautelar, resolutiva e satisfatória, cada qual apresenta finalidade e efeitos distintos quando manuseados por uma das partes. A classificação de Raquel Bellini de Oliveira Salles também amplia o entendimento de "mecanismos de autotutela", termo que abrange uma gama de instrumentos que podem ser utilizados pelas partes para a defesa ou a realização de seus direitos, não restritos aos instrumentos previstos expressamente na legislação, e podem ser convencionados pelas partes com fundamento na autonomia privada.

A função conservativa-cautelar se refere aos mecanismos que buscam preservar a situação jurídica existente ou evitar danos iminentes. São mecanismos utilizados para proteger o interesse legítimo de uma das partes enquanto se aguarda uma resolução mais definitiva do conflito. Um exemplo clássico de autotutela com essa função é o direito de retenção, que permite ao credor reter o bem até que o devedor cumpra a sua obrigação³⁶, ou a exceção de contrato não cumprido, na qual uma parte pode deixar de cumprir sua obrigação enquanto a outra não cumprir a sua. Ambos os exemplos têm a finalidade de evitar um prejuízo maior e garantir a preservação da situação jurídica da parte lesada. Nesse sentido, a autotutela conservativa-cautelar apresenta-se como um mecanismo de proteção rápida e eficaz,

³⁵ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019., p. 163 *et seq.*

³⁶ Menciona-se como exemplo o art. 644, *caput*, e 1.219, segunda parte, ambos do Código Civil, segundo os quais: "Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas." e "Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis."

que permite à parte reagir prontamente diante da lesão ao seu direito e evitar maiores prejuízos.

Por outro lado, a função resolutiva envolve mecanismos destinados a promover uma solução definitiva para a situação quando o interesse do credor foi perdido. Nessa categoria, os mecanismos de autotutela permitem que a parte ponha fim à relação jurídica prejudicial. Um exemplo claro dessa função é a cláusula resolutiva expressa³⁷; presente em muitos contratos, concede à parte o direito de rescindir automaticamente o contrato em caso de inadimplemento absoluto da outra parte.

A função satisfatória se refere aos mecanismos que buscam satisfazer diretamente o direito da parte lesada; são exemplos típicos dessa função a compensação de créditos, na qual as partes compensam dívidas mutuamente, e a contratação substitutiva³⁸, na qual a parte lesada, diante do inadimplemento do devedor, em obrigação fungível, pode seguir com a contratação de terceiro para executar a prestação devida. Esses mecanismos têm a finalidade de proporcionar uma solução imediata para o problema, de forma célere e eficaz. Além disso, é importante destacar que determinado mecanismo de autotutela pode desempenhar funções diversas, a depender do contexto e da finalidade do conflito, o que será exposto no terceiro capítulo deste trabalho. O direito de retenção, considerado tradicionalmente um mecanismo conservativo-cautelar, a título de exemplo, pode, em alguns casos, desempenhar função satisfatória³⁹, caso a legislação ou o contrato permita a extinção da obrigação por meio da retenção do bem, o que demonstra a flexibilidade dos instrumentos de autotutela e a sua capacidade de adaptação às necessidades e situações concretas das partes envolvidas.

³⁷ A cláusula resolutiva expressa consta prevista no art. 474, do Código Civil, segundo o qual: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

³⁸ Conforme previsto, no art. 249, do Código Civil: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.”

³⁹ O Decreto Lei nº. 911/1969, ao dispor sobre a busca e apreensão de bem móvel alienado fiduciariamente, versa que “Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.”

1.4 Liberdade como funcionamento constitucional da autotutela

Superada a exposição acerca do conceito de autotutela, as suas principais características e modalidades, passa-se à análise de seu fundamento constitucional, com o objetivo de situá-la no âmbito dos princípios e garantias previstos no ordenamento jurídico.

No processo de constitucionalização do Direito Civil e no amparo constitucional de institutos civilísticos, a liberdade é contemplada como direito fundamental, mais precisamente no *caput* do art. 5º, da Constituição de 1988, que dispõe de forma ampla e geral sobre a inviolabilidade do direito à liberdade e no inciso II preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁴⁰.

É, portanto, inegável a existência de um direito subjetivo de liberdade⁴¹, consubstanciado em direito fundamental, que decorre do desdobramento do pilar central do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. A liberdade é um aspecto inerente ao desenvolvimento da personalidade; assegurar o exercício da liberdade pelos indivíduos significa proteger os direitos da personalidade e permitir a todos o resguardo do espaço privado de autodeterminação.

Como consequência da consagração da liberdade como direito fundamental, por um lado deverá haver a realização de seu valor sempre na maior medida do possível e, por outro lado, como toda norma de direito fundamental, o direito fundamental de liberdade é submetido a restrições; os valores consagrados na Constituição são sempre relativos, pois dependem diretamente das circunstâncias fáticas do caso concreto. Nota-se que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do direito à liberdade, mas também serve como limitador ao seu exercício quando constatada a violação da dignidade de terceiros que, diante do sopesamento de valores informados no ordenamento jurídico, justifica a intervenção

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2025.

⁴¹ Como observa Eros Roberto Grau em GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 209: “A liberdade, amplamente considerada, insisto neste ponto -, liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade (o homem social, associado aos homens, e não ao homem inimigo do homem).”

do Estado e, conseqüentemente, a imposição de limites ao exercício da liberdade por determinado sujeito.

Dessa forma, poderá haver restrições de diversas naturezas: restrições decorrentes de regras constitucionais, previstas de forma expressa no texto constitucional; restrições decorrentes de princípios constitucionais, estabelecidas a partir da ponderação de princípios; e restrições oriundas de cláusula de reserva expressa ou implícita, a depender, respectivamente, da existência ou não de regra constitucional expressa que determina uma atividade legislativa.

No tocante às características do direito fundamental de liberdade, o que o distingue dos demais direitos fundamentais é a sua bilateralidade, ou seja, o particular tem a faculdade de realizar ou não uma conduta, ante a inexistência de proibição ou obrigação constitucional ou legal. Assim, cabe ao particular escolher entre praticar ou não um ato, desde que ele não seja ontologicamente necessário ou impossível e juridicamente não haja proibição ou obrigação de realizá-lo. As restrições aos direitos fundamentais devem gozar de amparo constitucional; a restrição estabelecida de forma arbitrária, sem a correspondente justificativa constitucional, é inválida, e pode o particular a ela resistir⁴².

Embora se tenha mencionado que o direito fundamental de liberdade ganha amparo no *caput* do art. 5º. e inciso II, da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico optou por consagrar também liberdades específicas, que permeiam não apenas o texto constitucional como também o Código Civil. Ainda que as liberdades tenham amparo na cláusula geral especificada, pode a sua proteção lhe ser remetida, por escolha do constituinte, algumas delas mereceram especial destaque e previsão expressa e específica, como a liberdade de crença (art. 5º., incisos VI e VIII, da CRFB/88), liberdade religiosa (art. 5º., VI e VIII, CRFB/88), liberdade de comunicação (art. 5º., incisos IX e XII, CRFB/88), liberdade profissional (art. 5º., inciso XIII, CRFB/88), liberdade contratual (art. 421, do Código Civil), dentre outras.

A estratégia do constituinte em prever liberdades específicas, a despeito da existência de uma cláusula geral que as preceitua, volta-se a reiterar que determinados valores são especialmente protegidos e têm relevância ao ordenamento jurídico. Assim sendo, quando referidas liberdades colidirem, no caso concreto, com

⁴² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria Jurídica da Liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

outros valores, o seu afastamento eventual deverá ser muito bem argumentado e fundamentado. Por ser a liberdade contratual corolário fundamental do negócio jurídico, ressalta-se que o dirigismo estatal sem critérios, principalmente o judicial, invoca um paternalismo desproporcional ao sujeito contratante, e subestima a capacidade de autorregular os seus interesses, defendê-los de eventuais lesões⁴³, e suprimir a sua liberdade de maneira desarrazoada.

Como se pode notar, a liberdade contratual está contemplada expressamente no art. 421, do Código Civil; é desdobramento da cláusula geral que dispõe que assegura a liberdade ao patamar de direito fundamental e fundamento da ordem jurídica, também pode ser identificada como desdobramento da livre iniciativa⁴⁴, contemplada nos arts. 1º, inciso IV e 170, *caput*, da Constituição.

Ao tratar da liberdade das pessoas naturais, abrem-se inúmeras possibilidades para a sua manifestação, de ordem existencial ou negocial, das quais a livre iniciativa é apenas uma delas. Por outro lado, as pessoas jurídicas, pela sua natureza, têm o campo de atuação e, conseqüentemente, de manifestação de sua liberdade, mais restrito; a expressão de sua liberdade relaciona-se geralmente à livre iniciativa, em que a liberdade contratual é um dos meios de seu exercício. Importa destacar, ainda que com amparo constitucional, que o fundamento da liberdade das pessoas jurídicas não se relaciona à dignidade da pessoa humana, valor próprio das pessoas naturais, mas à livre iniciativa.

Considerando o caráter patrimonial que caracteriza a autotutela contratual, seu fundamento encontra-se diretamente vinculado à liberdade econômica, mais especificamente à liberdade contratual, a qual integra a noção de autonomia negocial — um dos instrumentos por meio dos quais se concretiza a livre iniciativa⁴⁵. Nesse sentido, evidencia-se que a autonomia negocial possui respaldo constitucional, tanto

⁴³ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 49.

⁴⁴ Sobre a livre concorrência, Eros Roberto Grau em GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 210, preceitua que: “A livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como “princípios da ordem econômica”.”

⁴⁵ Miguel Reale defende a relação direta entre a liberdade negocial e a livre iniciativa, em REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo, Saraiva, 1997. p. 95, ao dizer que: “a liberdade de contratar – ou, mais amplamente, a liberdade negocial – está constitucionalmente assegurada, mesmo porque a livre iniciativa não passaria de um simulacro se ela, no plano prático da ação, não se pudesse consubstanciar em acordos ou convenções mediante os quais duas ou mais pessoas possam estabelecer campos distintos mas complementares de atividade em livre competição com os demais.”

por sua relação com os objetivos fundamentais da República⁴⁶, quanto por sua extração dos princípios gerais da atividade econômica⁴⁷. Além disso, a livre iniciativa, ao lado dos valores sociais do trabalho⁴⁸ figura como um dos fundamentos da ordem constitucional brasileira, não como um fim em si mesmo, mas como meio voltado à realização de objetivos maiores⁴⁹, o que reforça a centralidade do princípio da função social do contrato.

1.5 Autotutela como expressão da autonomia privada

A concepção de liberdade como um dos pilares da ordem jurídica permite a formulação do conceito de autonomia da vontade, entendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo e o poder de realizar escolhas, capacidade esta que se manifesta por meio da vontade expressa pelo agente⁵⁰. Antônio Junqueira de Azevedo⁵¹ menciona que há apenas um elemento a ser considerado, que é o evento incindível da declaração da vontade: a vontade, isoladamente, não deve ser considerada pelo Direito, mas a sua externalização. Assim sendo, confere-se relevância jurídica apenas à vontade declarada de forma manifesta pelos indivíduos.

A convivência humana, por sua essência, impõe a necessidade de interação entre os indivíduos, o que inevitavelmente implica a possibilidade de interferência na esfera privada alheia. Nesse contexto relacional, delineia-se o conceito de autonomia privada, fundamentado no reconhecimento, pela ordem jurídica, do poder conferido às partes para regular as suas condutas. A palavra autonomia tem origem grega: *auto* significa por si e *nomos*, significa lei. Trata-se, portanto, da

⁴⁶ CF/88: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

⁴⁷ CF/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁴⁸ CF/88: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 214 *et seq.*

⁵⁰ Segundo a teoria objetivista de Rudolf von Inhering, oriunda do Direito Alemão, contemplada pelo Código Civil Alemão (BGB), não há separação entre vontade real e vontade declarada, na medida em que possui relevância jurídica apenas a vontade exteriorizada pelo indivíduo.

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

capacidade de o indivíduo estabelecer as regras que regerão a sua vida, e se identifica com o poder de autodeterminação.

A autonomia privada constitui o poder conferido aos indivíduos, nos limites estabelecidos pela lei, de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas por meio da elaboração de normas jurídicas⁵², voltadas à regulamentação de seus interesses. O negócio jurídico representa, nesse contexto, o principal instrumento de manifestação desse poder, funciona como o espaço de atuação da autonomia privada no plano prático. Para que a autonomia privada se exerça legitimamente, é imprescindível que haja a anuência da parte afetada pela norma jurídica produzida, de modo a garantir a sua vinculação. A anuência pode se manifestar mediante consentimento expresso das partes, o que demanda uma manifestação ativa de vontade por parte do destinatário da norma, quanto por meio de uma postura passiva, em que a concordância se presume pela ausência de oposição.

Ressalte-se que, embora a autonomia privada encontre fundamento no ordenamento jurídico, especialmente no princípio da liberdade contratual, ela não se reveste de caráter absoluto; o seu exercício está sujeito aos limites impostos pelos princípios e valores constitucionais que estruturam a ordem jurídica, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para as cláusulas gerais previstas no Código Civil, como a boa-fé objetiva e a função social dos negócios jurídicos:

Portanto, fica evidente que a autonomia da vontade não se apresenta mais como um princípio que possibilita aos contratantes uma liberdade ilimitada, pelo contrário, a nova visão, à luz do novo sistema civil brasileiro, é que a autonomia da vontade (visualizada agora como a “autonomia privada”), por influência do direito civil italiano e francês, sobretudo, com a inclusão e fortificação do princípio da boa-fé objetiva, bem como dos princípios da operabilidade, da socialidade (função social) e da eticidade, gera limitações que podem restringir a própria vontade dos contraentes, especialmente quando o objeto do contrato ocasionar danos e reflexos na sociedade, a terceiros ou à coletividade⁵³.

⁵² FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Argentina, 2018. p. 40.

⁵³ SILVA, Giselly P.; QUEIROZ, Paulo Victor O.; THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G. **A Função Social do Contrato** – Atualizado de acordo com a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e o Regime Jurídico Emergencial de Direito Privado (Lei 14.010/2020). São Paulo: Almedina Brasil, 2021. p. 147.

Assim, é indiscutível que a autonomia privada, embora constitua um elemento essencial da liberdade contratual no contexto das relações jurídicas, não é mais interpretada de maneira irrestrita⁵⁴. Ao contrário, a sua aplicação deve ser harmonizada com princípios e valores que transcendem os interesses individuais das partes. A introdução de normas como a boa-fé objetiva, as cláusulas de função social e a operabilidade dos contratos, com ênfase na proteção dos direitos fundamentais e no bem-estar coletivo, impõem um novo entendimento da autonomia privada, transforma-a em um instrumento de equilíbrio entre as liberdades individuais e as responsabilidades sociais. Dessa forma, a liberdade contratual deixa de ser uma simples expressão de vontade, passa a ser também uma ferramenta de construção de uma ordem jurídica que promova a justiça e a solidariedade nas relações intersubjetivas⁵⁵.

Em consonância com o pensamento de Luigi Ferri, compreende-se a autonomia privada como a expressão de poder conferido aos indivíduos de criação de normas⁵⁶ no âmbito dos negócios jurídicos⁵⁷; contudo, trata-se de um poder derivado e condicionado, e não originário ou soberano, pois deve operar nos limites traçados previamente pelo ordenamento jurídico⁵⁸. Nesse contexto, a lei exerce dupla função: de um lado, amplia o campo de atuação da autonomia privada ao reconhecer a liberdade contratual; e de outro, restringe-a ao impor normas cogentes destinadas à proteção de valores fundamentais.

Assim, a validade e a eficácia de um negócio jurídico dependem de sua conformidade com as normas jurídicas inderrogáveis, também conhecidas como normas de ordem pública. Essas normas têm caráter imperativo e não podem ser

⁵⁴ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Argentina, 2018. p. 44.

⁵⁵ Nos dizeres de Rogério Donnini: "Portanto, todo contrato que cause a qualquer dos contraentes um aviltamento da dignidade humana estará ferindo um princípio constitucional fundamental (CF, art. 1º, III), visto que o Direito tem por escopo buscar sempre o respeito à dignidade do homem." ((DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 77).

⁵⁶ "La autonomía privada puede actuar en cuanto normas superiores o legales han autorizado a los particulares a ejercitarla, atribuyéndoles el correspondiente poder; pero, precisamente porque ha mediado esa autorización y particulares están investidos de ese poder, las normas que ellos crean mediante los negocios jurídicos son, desde su nacimiento, normas jurídicas" (FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Argentina, 2018. p. 64).

⁵⁷ "Si la autonomía privada es un poder de crear normas jurídicas, está claro que el acto jurídico en sentido estricto no es actuación de autonomía privada, porque no tiene contenido normativo y los efectos que determina tienen su fuente en normas legislativas." (FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Argentina, 2018. p. 54).

⁵⁸ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Argentina, 2018. p. 54.

afastadas ou modificadas pela vontade das partes, ainda que de comum acordo. Quando o conteúdo de um contrato contraria normas de ordem pública, ele pode ser considerado nulo ou ineficaz⁵⁹, como forma de preservar a coerência e a integridade do sistema jurídico.

Um exemplo emblemático dessa limitação imposta à autonomia privada está previsto no art. 45, da Lei nº. 8.245/1991 (Lei do Inquilinato)⁶⁰, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos. De acordo com esse dispositivo, é nula a cláusula contratual que exclua o direito à renovação do contrato nos casos em que essa renovação é garantida pela lei. Trata-se de uma norma inderrogável, cuja finalidade é proteger a estabilidade da atividade empresarial do locatário comercial, reconhecer o valor econômico do ponto e a função social do contrato, bem como estabelecer critérios rigorosos para o despejo nas locações residenciais, o que revela a preocupação legislativa também com a manutenção da moradia do locatário. Em ambos os casos, o legislador impõe limites à autonomia contratual, impede que disposições convencionais contrariem normas de ordem pública voltadas à preservação de valores fundamentais, como a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

Se a autonomia privada representa o poder conferido às partes para elaborarem normas que regerão as suas relações, é razoável concluir que ela também possa servir de fundamento para a defesa dos interesses constituídos a partir dessas normas⁶¹. Nesse sentido, a autotutela contratual, como manifestação concreta da autonomia privada, tem a sua legitimidade fundada na liberdade contratual, expressão direta da livre iniciativa no âmbito das relações privadas. Trata-se de instrumento que confere às partes o poder de regular preventivamente os efeitos do inadimplemento ou outras hipóteses de descumprimento contratual por meio de cláusulas resolutivas, penalidades, retenções ou outros instrumentos previamente convencionados.

No entanto, esse exercício de poder não é absoluto. Por se alicerçar na autonomia privada, a autotutela deve se submeter às mesmas limitações jurídicas

⁵⁹ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Argentina, 2018. p. 44.

⁶⁰ O art. 45 de referida lei dispõe: “São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.”

⁶¹ SATURNO, Angelo. **L'autotutela privata**. Napoli: ESI, 1995, p. 89.

que regem o exercício da liberdade contratual. Isso significa que, diante da existência de normas cogentes, como as de ordem pública, de proteção ao contratante vulnerável ou que asseguram a função social do contrato, a autotutela não pode operar em desconformidade com o ordenamento jurídico, sob pena de nulidade da cláusula que a prevê ou de ineficácia da medida adotada unilateralmente. Assim, embora seja um instrumento legítimo e funcional à realização dos fins do contrato, a autotutela só se sustenta enquanto compatível com os valores constitucionais e os princípios estruturantes do Direito Privado contemporâneo.

1.6 Compatibilização das dimensões pública e privada da autonomia

Ao dar continuidade à análise da autonomia privada e a sua expressão na autotutela contratual, é fundamental expandir a reflexão para a relação entre autonomia pública e autonomia privada, que se interconectam de forma indissociável no Estado Democrático de Direito. Enquanto a autonomia privada, com o seu exercício por meio da autotutela, reflete a liberdade individual e a autodeterminação dos cidadãos, conforme tratado no tópico anterior, a autonomia pública, por sua vez, diz respeito ao poder coletivo dos cidadãos de participar ativamente na formação das normas que regem a sociedade⁶².

A distinção conceitual é necessária para compreender como as duas dimensões da liberdade articulam-se no plano institucional e normativo, especialmente em regimes democráticos. A autonomia pública identifica-se com a capacidade do indivíduo de participar ativamente da vida coletiva e influenciar as decisões que afetam a sociedade, o que inclui o direito de votar, de se manifestar, exprimir sua opinião, participar de associações, contribuir para a formação da vontade

⁶² Daniel Sarmento identifica a autonomia pública com o exercício da democracia, sendo que a autonomia privada é instrumental à democracia, mas não apenas, uma vez que “No sentido ampliado que lhe conferimos, a autonomia privada é um pressuposto da democracia, pois sem ela não há a possibilidade de que se forme um debate franco de ideias (*marketplace of ideas*, como diria Oliver Wendell Holmes), que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública. Mas o valor da autonomia privada não é apenas instrumental para a democracia. Longe disso, ela está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. De fato, negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 189).

política de seu país; é fundamental para uma democracia verdadeira, pois permite que cada pessoa participe da construção das normas e políticas que impactam sua vida e a de outros⁶³.

Compreender a interdependência entre autonomia pública e privada é essencial, pois as liberdades individuais dependem de um ambiente democrático que as assegure, assim como a soberania popular exige a proteção dos direitos individuais para ser legítima. Segundo Daniel Sarmiento, a teoria constitucional moderna constrói-se sobre a compreensão de duas dimensões distintas da liberdade: de um lado, a liberdade política, que se refere à participação ativa do cidadão na formação da vontade estatal – expressão da autonomia pública ou soberania popular – e, de outro, a liberdade individual, relacionada à autodeterminação dos sujeitos na esfera privada, conforme idealizado no liberalismo clássico⁶⁴.

Enquanto as correntes democráticas e republicanas tendem a enfatizar a primazia da autonomia pública como fundamento da legitimidade do Estado e do Direito, as teorias liberais, por sua vez, alertam para os riscos de subordinação da liberdade individual à vontade coletiva, especialmente quanto à proteção das minorias contra possíveis abusos da maioria.

Apesar dessas divergências teóricas, a análise contemporânea da liberdade aponta para uma relação de interdependência e reciprocidade entre autonomia pública e privada, e afasta visões de hierarquia rígida entre elas. Nesse sentido, não há liberdade individual efetiva sem um ambiente político que assegure a sua preservação e, ao mesmo tempo, não há verdadeira soberania popular se o exercício da autonomia coletiva não respeitar e proteger os direitos individuais. As liberdades, portanto, não competem entre si, mas se sustentam mutuamente: a ausência de um espaço público democrático compromete a igualdade no exercício das liberdades privadas, e a supressão das liberdades individuais fragiliza o ideal democrático, reduzindo-o a uma formalidade esvaziada de conteúdo.

A dupla dimensão do princípio da liberdade é destacada por Fábio Konder Comparato ao interpretar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao

⁶³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 147 *et seq.*

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 177.

reconhecer que a liberdade tem tanto uma dimensão política quanto uma dimensão pessoal. Sem a proteção das liberdades individuais, a participação política torna-se ilusória, típica de regimes autoritários; por outro lado, sem a atuação política efetiva dos cidadãos na construção das normas que os regem, as liberdades individuais correm o risco de serem instrumentalizadas por elites econômicas ou sociais, o que gera um desequilíbrio estrutural⁶⁵.

Jürgen Habermas⁶⁶ propõe uma superação desse antagonismo ao afirmar que as autonomias pública e privada não são concorrentes, mas cooriginárias. Para o autor, os direitos fundamentais (de natureza individual) e a soberania popular (expressão da autonomia pública) estão conectados de forma estreita e são igualmente indispensáveis à legitimidade do Direito, fundamentam-se mutuamente no interior do Estado Democrático. Na medida em que os cidadãos são, ao mesmo tempo, autores e destinatários das normas jurídicas, torna-se possível compreender a legitimidade da intervenção estatal na esfera da autonomia privada não como forma de violação à liberdade individual, mas como expressão do pacto democrático, desde que essa intervenção tenha por finalidade proteger direitos de terceiros ou corrigir abusos no exercício da liberdade contratual.

Desse modo, a intervenção do Estado na autonomia privada não deve ser interpretada como negação da liberdade individual, mas como desdobramento legítimo da vontade coletiva, construída democraticamente. A cooriginariedade entre essas liberdades permite afirmar que a autonomia privada somente pode ser exercida de maneira plena em um contexto institucional que respeite e efetive a autonomia pública. Por consequência, os limites impostos às manifestações individuais da liberdade, como a autotutela contratual ou a autonomia negocial, não decorrem de um conflito entre liberdades, mas da necessidade de harmonização entre elas, com vistas à preservação do bem comum e da justiça nas relações sociais⁶⁷.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. VIII Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 116 *et seq.*

⁶⁷ “Portanto, é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma “lei geral de liberdade”, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 190.

Assim, quando o ordenamento jurídico admite a autotutela como forma legítima de resolução de conflitos ou de proteção de direitos, ele não abdica de seu papel regulador, mas presume que o exercício dessa liberdade se dará nos limites traçados pela ordem jurídica democrática. Isso reforça que a autotutela, embora expressão da autonomia privada, deve respeitar os princípios constitucionais e os direitos de terceiros, funcionar não como exceção à intervenção estatal, mas como manifestação legítima de um sistema jurídico que reconhece a capacidade dos indivíduos de regerem as suas relações em um marco normativo comum.

1.7 Limites ético-sociais à autonomia privada no Direito Contratual

Após identificar a autonomia privada como fundamento constitucional que legitima a autotutela, é preciso examinar os princípios jurídicos que atuam como limites a essa prática. Essa análise é essencial para demonstrar que o ordenamento jurídico apresenta mecanismos eficazes para coibir eventuais abusos decorrentes do uso excessivo dessa autonomia.

Primeiramente, cumpre retomar os traços característicos do cenário da pós-modernidade: o aumento da insegurança e da instabilidade nas relações sociais e jurídicas, o que repercute diretamente na teoria contratual contemporânea. Conforme destaca Rogério Donnini, a pós-modernidade é marcada por uma “desconstrução das certezas”, em que os vínculos tradicionais perdem força e o direito passa a ter papel fundamental na proteção de novos interesses, como o tempo perdido, a busca por felicidade e a reparação do enriquecimento sem causa⁶⁸. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil assume contornos mais amplos, exige do direito respostas mais sensíveis às vulnerabilidades do indivíduo moderno, em especial no âmbito contratual.

O ambiente de incerteza, típico da pós-modernidade, intensifica-se por eventos de impacto global que fragilizam a confiança entre os indivíduos e as instituições. Um exemplo paradigmático foi o atentado de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, que simbolizou uma ruptura na percepção de estabilidade e previsibilidade das relações globais. Episódios dessa natureza acentuam a sensação

⁶⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

de vulnerabilidade e exigem da teoria contratual mecanismos mais eficazes de proteção das legítimas expectativas⁶⁹.

A crise da confiança, nesse contexto, afeta profundamente o contrato e o Direito, ao comprometer a previsibilidade das condutas e a segurança nas relações privadas. O desafio contemporâneo da teoria contratual, portanto, consiste em estabelecer novos parâmetros para restaurar a confiança entre os indivíduos, especialmente diante da complexidade das interações econômicas e sociais. A proteção da confiança traduz-se na tutela das expectativas legítimas depositadas nas relações jurídicas, reduz a complexidade e promove maior estabilidade nos vínculos contratuais. Em contrapartida, a desconfiança favorece o surgimento de contratos excessivamente formais, extensos e de difícil compreensão, compromete a função social do direito contratual e afasta-o da realidade dos seus destinatários.

Diante do cenário atual de complexidade das relações jurídicas e enfraquecimento da confiança social, impõe-se ao Direito Privado o dever de oferecer respostas normativas consistentes e eficazes, capazes de restaurar a credibilidade das instituições jurídicas e resguardar as legítimas expectativas dos sujeitos de direito⁷⁰. Tal incumbência encontra respaldo nos princípios estruturantes do Código Civil de 2002, concebidos por Miguel Reale, quais sejam: eticidade, socialidade e operabilidade⁷¹.

O princípio da eticidade se revela, entre outros aspectos, na exigência de comportamentos orientados pela boa-fé objetiva, a qual assume papel central no sistema obrigacional. Essa diretriz está expressamente consagrada no art. 113, do Código Civil, como critério interpretativo dos negócios jurídicos, bem como no art. 187, ao estabelecer a noção de abuso de direito. Ainda, o art. 422 reafirma a boa-fé como cláusula geral de observância obrigatória durante a formação e a execução dos contratos, e impõe às partes deveres de lealdade, cooperação e confiança mútua.

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17 - 87.

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

⁷¹ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 12, jan.-mar., 2002.

Embora a boa-fé esteja vinculada de modo tradicional ao conceito clássico de *fides*, a sua dimensão relacional permite associá-la também ao princípio da socialidade, na medida em que promove a consideração do outro como sujeito de direitos, reforça a solidariedade e o respeito nas interações contratuais. Nessa perspectiva, a confiança jurídica pode ser compreendida como a expressão funcional da socialidade, à medida que atua na preservação da estabilidade das relações e da integridade do vínculo obrigacional.

A confiança, assim compreendida, assume função jurídica autônoma, constitui fundamento tanto da responsabilidade civil – especialmente em contextos de violação da legítima expectativa – quanto da preservação do equilíbrio contratual. Por sua vez, a função social do contrato, igualmente enraizada no princípio da socialidade, opera como limite material à autonomia privada, impede que a sua invocação sirva de instrumento para a frustração de interesses coletivos ou a violação de valores fundamentais do ordenamento⁷².

O princípio da operabilidade traduz a necessidade de um sistema jurídico funcional e acessível, especialmente em um contexto de complexidade crescente das relações sociais. Diante de um cenário de inseguranças e incertezas, esse princípio orienta a elaboração e a aplicação das normas de forma pragmática e eficaz, assegura que o Direito positivo possa responder, de maneira simples e eficiente, às demandas concretas da vida em sociedade. A operabilidade, nesse sentido, representa um compromisso com a efetividade e a aplicabilidade do direito, e afasta formalismos excessivos que comprometam a sua função reguladora.

Assim, o contrato deve ser instrumento eficaz de alocação de riscos e de promoção da segurança jurídica, capaz de restaurar a confiança mútua entre os contratantes e viabilizar os resultados pretendidos. Nessa linha, os instrumentos de autotutela contratual surgem como mecanismos compatíveis com esse novo paradigma, pois conferem às partes poderes legítimos para buscar a satisfação de seus interesses por meio de cláusulas convencionais ou disposições legais, reforça tanto a autonomia quanto a confiança no Direito e em suas soluções.

Por fim, é fundamental que se reforce o dever de clareza e de informação nas relações contratuais, em combate às cláusulas ambíguas, prolixas ou redigidas de

⁷² THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

forma a ocultar sua real intenção. A correta interpretação contratual deve sempre considerar os princípios sociais do Direito Privado, que orientam e limitam a autonomia das partes, notadamente a função social do contrato e a boa-fé objetiva, sobre os quais se passa a discorrer a seguir⁷³.

1.7.1 Função social do contrato

O princípio da função social do contrato é a mais importante consolidação principiológica do Direito contratual trazida pelo Código Civil; embora a função social já ingressara na teoria contratual⁷⁴, imposta a qualquer relação jurídica, havia maior preocupação com o cumprimento da obrigação em si do que com o agir ético e proporcional entre as partes. Dessa forma, quando foi contemplado pelo Código Civil, aprofundou-se o estudo sobre a concepção social do contrato, bem como a exigência de sua observância pelas partes⁷⁵.

Ao tratar da regulamentação da função social de determinados institutos, relaciona-se a sua concepção não com a fundamentação dos direitos subjetivos positivados, mas com as limitações impostas ao seu exercício. A função social não é elemento constitutivo dos direitos fundamentais em si, de outra maneira, funciona como elemento extrínseco que os restringe.

Em linhas gerais, na seara do Direito Privado, especialmente no âmbito da autonomia privada, o Direito, considerado de forma global, veda condutas que contrariem e maculem interesses públicos. As condutas decorrentes da autonomia privada podem ser exercidas conforme as escolhas dos agentes privados, desde que

⁷³ Princípios sociais são aqueles que não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado Liberal), como o princípio da autonomia privada, da *pacta sunt servanda* e da eficácia relativa às partes do contrato, mas limitam e condicionam seu alcance, conforme exposto em: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 42/2002, abr.-jun., 2002, p. 187-195.

⁷⁴ Paulo Lôbo, em LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 42/2002, abr.-jun., 2002, p. 187-195, menciona que embora a concepção da função social esteja relacionada à justiça social, a Constituição brasileira de 1988 não havia previsto de forma expressa referido princípio de maneira a atrelá-lo diretamente ao mundo dos contratos, tratando-se de inovação principiológica trazida pelo Código Civil. Contudo, desconsidera que a concepção social do contrato já tinha respaldo no art. 5º. da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, aplicando-se, inclusive, à seara contratual. Portanto, defende-se que referido princípio ganhou mais espaço nas relações privadas após sua contemplação expressa no Código Civil, dispensando-se, conseqüentemente, um olhar mais atento à sua observância e intensificando o estudo relacionado à sua aplicabilidade no mundo dos contratos.

⁷⁵ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169 et seq.

não sejam contrárias ao interesse social. Há, portanto, a proibição geral de atuação dos particulares de maneira a se insurgirem contra o interesse social; ademais, essa vedação independe de previsão normativa expressa, trata-se de cláusula geral de proteção da ordem pública e dos valores sociais que se projeta sobre todas as relações jurídicas privadas. Nesse sentido, Miguel Reale⁷⁶, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, dispõe sobre um dos objetivos da nova codificação:

[...] tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

Pode-se extrair a limitação decorrente da função social de alguns dispositivos legais. O art. 187, do Código Civil, dispõe sobre o conceito de ato ilícito, e prevê que incorre em abuso de direito o agente que, ao exercer um direito, excede os limites impostos. Na concepção de abuso de direito, incluem-se todas as condutas que contrariam o interesse social. O art. 421, do referido diploma legal, por sua vez, versa sobre a cláusula geral da função social do contrato, ao dispor expressamente a esse respeito e prever que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”⁷⁷.

Nota-se que a função social do contrato apresenta eficácia dupla: interna e externa⁷⁸. A eficácia interna relaciona-se às partes contratantes que, ao exercerem a sua autonomia privada estão impedidas de violar a função social do contrato; veda-se que o vínculo contratual estabelecido gere um desequilíbrio contratual ou o enriquecimento sem causa de uma das partes. Como exemplo, cita-se o Enunciado 542, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF), segundo o qual “A recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do

⁷⁶ REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 10 mai. 2025.

⁷⁸ THEODORO JR., Humberto Theodoro. **Negócio Jurídico**. Grupo GEN, 2020.

contrato”⁷⁹. Por meio do Enunciado, observa-se a postura protetiva do sistema jurídico com relação à parte vulnerável de uma relação de adesão, no caso, o segurado. Entendeu-se que a não renovação de apólices de seguro de vida em um momento no qual os indivíduos mais carecem de proteção, tendo em vista que a idade avançada pressupõe a necessidade de maior cuidado com sua saúde, é considerada abusiva e, portanto, deve ser proibida.

A eficácia externa, por sua vez, ultrapassa o princípio da relatividade contratual, atém-se aos efeitos do contrato sobre terceiros que não estejam imediatamente envolvidos na relação jurídica estabelecida. A partir da eficácia externa da função social dos contratos, entende-se que o contrato gera efeitos perante terceiros e, concomitantemente, as condutas de terceiros repercutem no contrato, não podendo as condutas dos agentes contratantes lesionar terceiros, nem a conduta de terceiros interferir na relação contratual pactuada, prejudicando-a⁸⁰.

Sobre a eficácia externa da função social dos contratos, ressalta-se que na I Jornada de Direito Civil foi editado o Enunciado 21, ao dispor que “A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”⁸¹; por consequência, é premente a intenção do

⁷⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº. 542. **VI Jornada de Direito Civil**. Coord. Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Coord. da Comissão de Obrigações e Contratos: Ana de Oliveira Frazão e Paulo Roque Khouri. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2022.

⁸⁰ Como caso paradigmático que versa sobre a eficácia externa da função social dos contratos, menciona-se o caso do cantor Zeca Pagodinho, que pode ser consultado em: TJ-SP - APL: 91127937920078260000 SP 9112793-79.2007.8.26.0000, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Data de Julgamento: 12/06/2013, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2013. No caso em questão, o cantor firmou um Contrato de Prestação de Serviços com cessão do uso da voz e imagem com a empresa NovaSchin, contemplando uma cláusula de exclusividade por um ano. Ocorre que antes do transcurso de um ano da vigência do Contrato, o cantor firmou novo Contrato com a empresa concorrente Ambev, sendo que neste Contrato havia uma cláusula segundo a qual a empresa deveria arcar com eventual indenização pleiteada pela NovaSchin decorrente da rescisão antecipada do Contrato pelo cantor. O que a Ambev não imaginava é que a NovaSchin iria ajuizar ação de descumprimento contratual contra o cantor e uma ação contra a própria Ambev, por aliciamento e descumprimento da função social do Contrato. No caso, o Relator deu parcial provimento à Apelação para condenar a Ambev ao pagamento dos danos materiais referentes aos materiais publicitários inutilizados pela NovaSchin diante da quebra contratual, os espaços publicitários perdidos comprovadamente adquiridos e não utilizados e, por fim, a condenação em danos morais e dano à imagem no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Sem entrar no mérito da justeza da quantificação do dano moral, o julgado foi emblemático por contemplar a violação da função social do Contrato por terceiro senão as Partes. Reconheceu-se, naquela oportunidade, que a função social configura um limite de atuação não apenas das próprias partes, como também de terceiros que tentam interferir diretamente no Contrato, prejudicando a relação estabelecida.

⁸¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº. 21. **I Jornada de Direito Civil**. Coord. Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Coord. da Comissão de Obrigações e Contratos: Paulo Távora e Antônio Junqueira Azevedo. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2002.

sistema jurídico em proteger terceiros de boa-fé de eventuais efeitos do contrato que os prejudiquem.

Percebe-se que a função social não afasta a autonomia privada, mas deve compatibilizar-se com ela. Por certo, a compatibilização desses princípios, muitas vezes, reduz o alcance da autonomia privada, como consta no Enunciado 23, da I Jornada de Direito Civil, do CJP, ao preceituar que:

A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana⁸².

A função social proporciona à relação contratual um tratamento justo e proporcional, de maneira a impor um comportamento ético aos contratantes e impedir distorções eventuais à ideia de comutatividade⁸³.

Por ser a autotutela expressão da autonomia privada, por consequência, a função social atua como seu limite, especialmente ao considerar que a sua aplicação não pode ocorrer de forma indiscriminada, em situações que atentem contra valores superiores do Direito, como a dignidade da pessoa humana. Em contratos paritários, ou seja, acordos em que as partes têm equivalência de poder negocial e podem estabelecer termos de maneira livre e equilibrada⁸⁴, a autotutela tem o seu campo de atuação mais ampliado, pois as partes podem, em alguma medida, agir para assegurar seus direitos sem prejuízo imediato do ordenamento jurídico ou da justiça contratual.

No entanto, em contratos não paritários – especialmente os contratos de adesão, nos quais uma das partes impõe as condições ao outro, que se torna compelido a aceitá-las sem margem significativa de negociação – o emprego da autotutela exige cautela. A função social do contrato alerta para a necessidade de

⁸² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº. 23. **I Jornada de Direito Civil**. Coord. Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Coord. da Comissão de Obrigações e Contratos: Paulo Távora e Antônio Junqueira Azevedo. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJP, 2002.

⁸³ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168.

⁸⁴ GARBI, Carlos Alberto. **Os Contratos Paritários na Teoria Geral dos Contratos** – Uma Visão Crítica. Migalhas, 4 nov. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/335834/os-contratos-paritarios-na-teoria-geral-dos-contratos---uma-visao-critica>; Acesso em: 11 mai. 2025.

revisão de práticas que possam lesar a parte mais frágil da relação, como é o caso dos contratos de adesão⁸⁵.

Um exemplo claro ocorre em contratos de locação por via de plataformas, como o Airbnb: diante do inadimplemento, alguns locadores bloqueiam remotamente o acesso ao imóvel como forma de autotutela. Nesse caso, a liberdade contratual e a autonomia privada do locador se contrapõem ao princípio da dignidade da pessoa humana do locatário, que pode ser gravemente afetado pela medida, sem uma alternativa legal adequada para contestação. Ainda que haja cláusula contratual que preveja expressamente a possibilidade de bloqueio do imóvel como forma de autotutela em caso de inadimplemento, tal disposição é ineficaz ante os limites impostos pela função social do contrato e pelos princípios constitucionais. Cláusulas que autorizam medidas unilaterais que resultem em violação à dignidade ou em restrição desproporcional de direitos do contratante mais vulnerável não produzem efeitos jurídicos válidos. São consideradas abusivas e, portanto, passíveis de nulidade conforme a legislação civil e consumerista.

A função social, portanto, exige que a autotutela, nesses casos, seja aplicada com parcimônia, de modo a garantir que não haja um abuso de direito que comprometa direitos fundamentais da parte vulnerável e que sejam observadas normas cogentes, de ordem pública, cuja força sobrepõe-se ao exercício da autotutela. A aferição da paridade ou não paridade contratual se torna elemento imprescindível para a eficácia das cláusulas convencionais de autotutela, eis que a sua admissibilidade deve pressupor o equilíbrio real entre as partes e a ausência de vícios na formação da vontade. Nos contratos paritários, nos quais as partes negociam em condições de igualdade, admite-se a autotutela de forma mais ampla, desde que compatível com a boa-fé objetiva e observados os limites legais. Nos contratos não paritários, sobretudo nas relações de adesão ou de consumo, a atuação unilateral de uma das partes, apesar de prevista contratualmente, deve ser objeto de controle mais rigoroso, sob pena de violação à função social do contrato.

⁸⁵ No Código Civil, nota-se várias disposições que visam a proteção da parte aderente, como o art. 424, que dispõe “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio” e art. 423, segundo o qual “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

Essa distinção também se aplica à autotutela legal, como na exceção do contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil), cuja aplicação exige proporcionalidade e respeito ao equilíbrio contratual. Um exemplo de uso abusivo dessa exceção ocorre nas relações de consumo, quando, diante de um atraso ínfimo no pagamento, o fornecedor suspende imediatamente a prestação de serviços essenciais⁸⁶ – como o corte de energia elétrica ou a interrupção do acesso à *Internet* – sem considerar a situação do consumidor e sem a prévia tentativa de resolução. Tal conduta desconsidera a função social do contrato e o princípio da dignidade da pessoa humana, e revela um exercício distorcido da autonomia privada em desfavor da parte hipossuficiente⁸⁷.

Dessa forma, a função social do contrato atua como critério de contenção à autonomia privada, especialmente nos contextos de desequilíbrio entre as partes, exige-se que o exercício da autotutela observe limites de proporcionalidade, respeito à dignidade da pessoa humana e à preservação do equilíbrio contratual. A admissibilidade de cláusulas que autorizem medidas unilaterais deve ser avaliada à luz da equidade material entre os contratantes e da proteção da parte vulnerável. Concluído esse ponto, passa-se à análise da boa-fé contratual como princípio que orienta e qualifica o exercício da autonomia privada nas relações obrigacionais.

⁸⁶ Como exemplo, menciona-se o seguinte julgado como limite à autotutela: “FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – serviço público essencial – impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica para recuperação de dívida não atual – concessionária que deve buscar o recebimento do débito pretérito pelas vias ordinárias de cobrança - Impossibilidade de impor ao credor o parcelamento da dívida (art. 314 , do CC) - Recurso parcialmente provido - sentença reformada em parte.” (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Inominado Cível: 0002663-98.2022 .8.26.0082 Boituva, Relator.: Celso Mazitelli Neto - Colégio Recursal, Data de Julgamento: 11/06/2024, 1ª. Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 11/06/2024)

⁸⁷ Conforme a legislação e regulamentação setorial, o corte de serviços públicos essenciais por inadimplemento somente é permitido quando observado o devido procedimento legal, com prévia notificação e respeito à continuidade mínima do serviço. No setor elétrico, por exemplo, a Resolução Normativa ANEEL nº. 1000/2021 estabelece, em seus arts. 174 e 175, que o corte por inadimplência deve ser precedido de notificação com, no mínimo, 15 dias de antecedência, e não pode ocorrer às sextas-feiras, vésperas de feriado ou feriados. No setor de telecomunicações, a Resolução nº. 632/2014 da ANATEL determina o bloqueio gradual e também exige comunicação prévia ao consumidor. Já os serviços de saneamento básico são regidos pela Lei nº. 11.445/2007, que impõe o dever de prestação contínua e adequada (art. 40, §6º.), sendo complementada por regulamentos de agências estaduais e municipais. Complementarmente, o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 22 e 39, proíbe práticas que comprometam a boa-fé, o equilíbrio contratual e o fornecimento de serviços essenciais, reforçando a proteção da parte vulnerável nessas hipóteses.

1.7.2 Boa-fé contratual

O instituto da *fides* tem origem no Direito Romano da Antiguidade Clássica e está presente, principalmente, nas relações internacionais travadas pelo Estado, bem como pelos cidadãos, ainda que também se possa notar nas relações privadas estabelecidas entre os indivíduos. Em seus primórdios, o instituto era permeado de um elemento religioso, relacionado às concepções de lealdade e de respeito. Com o tempo, a noção de *fides* foi qualificada pelo adjetivo *bona*, e passou a *bona fides* a ser utilizada como critério objetivo, normativo de comportamento, voltado a regulamentar as relações comerciais nacionais e internacionais, bem como a gozar de força vinculativa e estar o seu descumprimento sujeito à sanção⁸⁸.

A consolidação atual da boa-fé como norma de conduta objetiva encontra em António Menezes Cordeiro uma de suas mais relevantes formulações doutrinárias⁸⁹. O autor propõe uma leitura desvinculada da dimensão subjetiva do agente ao compreender a boa-fé como um padrão ético-jurídico que rege o comportamento nas relações privadas⁹⁰. Com base nesse conceito, sistematiza a sua função em três eixos principais: integrativo, limitador e criador de deveres anexos. Essa abordagem conferiu densidade normativa à cláusula geral da boa-fé e influenciou de forma expressiva tanto a doutrina quanto a jurisprudência nos Estados de tradição romano-germânica.

A boa-fé objetiva, contemplada expressamente diversas vezes no Código Civil, adentrara o Direito Positivo por meio do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e, antes desse período, fora mencionada pela jurisprudência e doutrina. Como se pode perceber pelo lastro temporal em que o princípio da boa-fé objetiva é mencionado, seja pela legislação ou interpretação do cientista do Direito, referido princípio encontra-se em estágio avançado em sua formulação dogmática e ao modo de sua aplicação.

⁸⁸ GROSSO, Giuseppe. **Enciclopedia del Diritto**, V Banca-Can, Giuffrè, Italia, 1959, p. 661 *et seq.*

⁸⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 5. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1983. p. 448 *et seq.*

⁹⁰ “A boa fé não contemporiza, pois, com cumprimentos formais: exige, numa atitude metodológica particular perante a realidade jurídica, a concretização material dos escopos visados. Este aspecto releva no domínio dos deveres acessórios, em boa parte destinados a promover a realização material das condutas devidas, sem frustrar o fim do credor e sem agravar a vinculação do devedor; tida, seja injustificada, e deveres de lealdade que, uma vez formada, a preservem.” CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 5. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1983. p. 654.

Ainda que o Código Civil não tenha definido conceitualmente a boa-fé objetiva ou indicado quais são os parâmetros exatos à sua conceituação, a produção farta existente sobre o tema, advinda das doutrinas alemã e portuguesa, permitiu a delimitação do seu significado e a determinação de parâmetros objetivos à sua aplicação no âmbito da experiência jurídica brasileira.

No início de sua construção e conceituação, havia receio de suas expressões demasiado abertas, como proteção à confiança e lealdade recíprocas, advindas do Código Civil alemão⁹¹, trazendo verdadeira inquietação à parte mais conservadora da doutrina brasileira. Tais formulações geravam insegurança sobre os limites e ao alcance do instituto; contudo, esse receio foi gradualmente superado com o desenvolvimento de um corpo significativo de deveres de conduta que concretizaram a boa-fé objetiva, construídos a partir da identificação de comportamentos inadmissíveis do ponto de vista jurídico e de condutas reprováveis nas relações obrigacionais. Esse processo conferiu maior previsibilidade à sua aplicação, sem comprometer a sua natureza aberta e a sua flexibilidade interpretativa, aspectos essenciais para garantir a sua efetividade no plano prático.

Observa-se que em contratos paritários, entre iguais, o campo de liberdade e, conseqüentemente, de exercício da autonomia privada pelos sujeitos, é mais amplo, com menor necessidade de intervenção corretiva. Por outro lado, nas relações contratuais marcadas pela disparidade entre os contratantes, o princípio da boa-fé atua de forma mais intensa como mecanismo de controle e proteção, especialmente em favor da parte vulnerável⁹².

A concepção mais clara e precisa da boa-fé objetiva pode ser sintetizada na ideia de um agir com correção. Embora esse princípio atue como orientador geral das condutas contratuais, a sua função mais significativa no plano prático é corrigir e ajustar comportamentos às exigências de lealdade e equilíbrio nas relações obrigacionais⁹³. A dimensão corretiva da boa-fé não apenas reforça a conformidade

⁹¹ ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Bundesministerium der Justiz. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 29 mai. 2025.

⁹² COSTA, Judith M. **A Boa Fé no Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. p. 658.

⁹³ O conceito de boa-fé não se confunde com o de razoabilidade (*ragionevolezza*), ainda que ambos desempenhem papéis relevantes como parâmetros ético-sociais no exercício de direitos, inclusive no âmbito da autotutela. A razoabilidade, porém, orienta-se pela análise da compatibilidade e da exigibilidade da conduta no caso concreto, considerando sua adequação ao ordenamento jurídico. Trata-se de um princípio geral do direito que direciona a interpretação e a aplicação da norma, buscando evitar incertezas, antinomias e contradições. Embora não se afaste dos critérios legais, sua

das condutas ao padrão de licitude previamente pactuado pelas partes ou estabelecido pela lei, como também oferece um critério normativo para identificar cláusulas abusivas. Nessas situações, a boa-fé pode justificar a readequação do conteúdo contratual e promover a revisão das cláusulas que destoem da equidade contratual ou, em casos mais graves, servir de fundamento para a declaração de nulidade das disposições incompatíveis com os princípios que regem o ordenamento jurídico⁹⁴.

A função corretiva evidencia o caráter normativo da boa-fé objetiva, que ultrapassa o plano meramente técnico do contrato para incorporar valores éticos fundamentais à convivência jurídica. Nesse aspecto, torna-se indispensável reconhecer a intersecção profunda entre o Direito e a Moral no ordenamento jurídico contemporâneo, sobretudo no que diz respeito à internalização de princípios éticos que passaram a desempenhar função normativa central. Assim, no âmbito do ordenamento jurídico, observa-se relação estreita entre o Direito e a Moral, especialmente no que se refere à incorporação de princípios morais ao campo jurídico. Entre esses princípios, destacam-se a boa-fé, a probidade e os bons costumes, que passaram a exercer papel normativo relevante. No contexto do Estado Democrático de Direito, não há uma separação entre Direito e Moral, mas uma interdependência normativa e axiológica. Com efeito, o primeiro preceito de Ulpiano – *honeste vivere* (viver honestamente), conforme registrado no *Digesto* (D. 1.1.10.1) – revela-se incorporado à concepção contemporânea de boa-fé objetiva, que impõe às partes contratantes um dever de conduta pautado pela honestidade e lealdade recíproca no cumprimento das obrigações⁹⁵.

finalidade primordial é assegurar a concretização do valor da justiça no caso específico. Nos dizeres de Rogério Donnini, “*La ragionevolezza, in questo modo, è un principio generale del diritto che ha come finalità la realizzazione di un criterio di correzione di un raziocinio pratico, la vera esperienza pratica, una miscela di buon senso, senso giuridico, ponderazione ed equilibrio, come misura di giustizia.*” (DONNINI, Rogério. *Rapporti Contrattuali E Pandemia*. In: CHIEFFI, Lorenzo (coord.). **L’emergenza pandemica da Covid-19 enl dibattito bioetico**. Tomo 2. Mimesis: 2021. p. 403).

⁹⁴ A violação da boa-fé na seara contratual, via de regra, implica em consequências no plano da eficácia jurídica, a exemplo do dever de indenizar. Contudo, a boa-fé corretiva também pode funcionar como norma de validade do conteúdo do contrato, dando ensejo à declaração de sua nulidade, como no caso de estipulação, em contrato consumerista, de normas abusivas.

⁹⁵ DONNINI, Rogério. **Boa-fé e probidade**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, Andre Luiz (coord. geral); DONNINI, Rogério; FERRIANI, Adriano; GRAMSTRUP, Erik (coord Direito Civil - Tomo 10). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo 10. Direito Civil. Edição 3: jul., 2024. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/597/edicao-3/boa-fe-e-probidade>. Acesso em: 13 mai. 2025. p. 10.

Os deveres decorrentes da boa-fé objetiva podem ser sistematizados em dois grupos distintos: o primeiro compreende os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, que têm como função otimizar os deveres principais de prestação e manter uma vinculação direta com o objeto contratual; e o segundo grupo diz respeito aos deveres destinados à proteção da relação obrigacional, os quais podem guardar apenas uma relação indireta – ou nenhuma conexão direta – com os interesses vinculados à prestação. Esses últimos se manifestam, sobretudo, em situações de responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, ao atuar como instrumentos de preservação da confiança e da lealdade entre as partes, mesmo fora dos limites estritos do contrato.⁹⁶

Ainda que os deveres do primeiro grupo estejam vinculados diretamente à prestação contratual e os do segundo tenham como finalidade a proteção de interesses legítimos dos contratantes, ambos se fundamentam, em maior ou menor grau, nos princípios da cooperação entre as partes e da tutela recíproca dos interesses envolvidos na relação obrigacional. Trata-se, portanto, de manifestações concretas do dever de agir com lealdade, confiança e consideração mútua ao longo de toda a relação contratual.

Importa destacar que os deveres decorrentes do dever de cooperação não se configuram como obrigações ilimitadas e devem ser compreendidos à luz da finalidade do contrato. Assim, a sua extensão e intensidade são determinadas pela medida necessária à realização satisfatória do adimplemento, conforme os fins específicos da relação obrigacional em questão⁹⁷.

⁹⁶ Rogério Donnini menciona que “Embora o art. 422 do Código Civil tenha uma redação pouco precisa, indiscutivelmente em todas as fases (pré-contratual, contratual e pós-contratual) está ínsito o dever de boa-fé e probidade, mesmo porque se trata de cláusula geral, que impõe essa atitude de probidade e correção não somente nas relações contratuais, mas também em qualquer outra relação jurídica, comando esse de ordem pública, consoante estabelecido no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil” (DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166).

⁹⁷ Como exemplo de exigência do dever de cooperação, decorrente da boa-fé, cita-se o julgado STJ. REsp 857299/SC. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 03.05.2011. DJ de 13.06.2011, pode-se observar a aplicação do dever de cooperação entre as Partes. Trata-se de contrato internacional de prestação de serviços de engenharia voltada à ampliação de usina termelétrica nacional, no qual o prestador era uma sociedade italiana e foi ajustado o pagamento mediante remessa à Itália, pelo Banco Central do Brasil, valores (em liras italianas) relativos às faturas e notas de serviço. Acontece que referida remessa, conforme regulamentação do Banco Central, só é possível quando a empresa prestadora de serviços apresenta às autoridades brasileiras os documentos necessários que comprovem a situação dos funcionários alocados na obra. No caso em questão, a empresa francesa não apenas não apresentou referidos documentos ao Banco Central

Ademais, a classificação dos deveres como anexos (ou de conduta) e de proteção não é rígida, e pode variar conforme o contexto da relação jurídica. Tais deveres podem, em determinados casos, estar vinculados diretamente à execução da prestação, enquanto, em outros, têm como finalidade proteger os interesses das partes contra danos colaterais, mesmo que não relacionados diretamente à prestação principal. O dever de informação ilustra bem essa fluidez classificatória: quando voltado ao cumprimento da obrigação contratual – por exemplo, na prestação de um serviço – trata-se de um dever anexo de conduta; entretanto, se ocorre na fase pré-contratual, como no fornecimento de dados essenciais à formação do consentimento de um paciente, assume a natureza de dever de proteção, voltado à tutela de interesses extrapatrimoniais.

Compreende-se alguns deveres jurídicos como desdobramentos ou expressões de outros mais amplos, como ocorre com o dever de lealdade, que se conecta diretamente ao dever de informar e corresponde à necessidade de contribuir com o interesse alheio de maneira positiva. No conteúdo do dever de lealdade está implícita a obrigação de veracidade, especialmente quanto à qualidade da informação prestada, que deve ser verdadeira, clara e suficiente. Essa exigência torna-se evidente, por exemplo, nas relações securitárias: o segurado que omite, de forma consciente, informações relevantes sobre o seu estado de saúde no momento da contratação do seguro viola o dever de lealdade. Tal omissão compromete a boa-fé objetiva, eis que a seguradora toma a sua decisão com base na veracidade dos dados fornecidos, sendo essa conduta, portanto, passível de sanção jurídica.

O conteúdo e a extensão do que se deve informar varia conforme o caso; o dever jurídico de informação não é ilimitado. Judith Martins Costa menciona que para dimensionar as informações necessárias a serem concedidas pelas partes, no exame do caso concreto se deve investigar elementos específicos, que servem de parâmetro para aferir esta revelação, quais sejam: (i) elementos subjetivos relacionados às partes envolvidas, como a possibilidade de acesso à informação e a presunção ou não de assimetria informacional entre as partes; (ii) elementos

do Brasil, sem qualquer justificativa, como também pediu judicialmente o pagamento acrescido dos encargos moratórios. Ainda que o contrato não previsse expressamente a obrigação de prestação de informação da sociedade italiana, sabe-se que o dever acessório era fundamental para que o pagamento ocorresse conforme o acordado. Sendo assim, reconheceu-se o inadimplemento pela sociedade francesa do dever acessório de cooperação, devendo a sociedade regularizar referida situação, purgando sua mora antes de exigir o pagamento do preço pelo tomador de serviços.

normativos, representados pela presença de um dever legal ou contratual de informação e (iii) elementos objetivos, como a aceitação de assunção de riscos, mais presentes nas relações interempresariais⁹⁸. Após identificados e entendidos esses elementos, pode-se concluir pela legitimidade de se exigir o seu cumprimento em uma situação.

Alguns institutos específicos, decorrentes da importação de modelos estrangeiros, apresentavam contornos dogmáticos bem definidos, como aconteceu, por exemplo, com a doutrina do adimplemento substancial⁹⁹ (*substantial performance*), das violações positivas do contrato (*die positiven Vertragsverletzungen*) e do inadimplemento antecipado (também dito inadimplemento anterior ao termo), dentre outros. Mesmo que referida importação tenha sido realizada em parte expressiva de maneira acrítica e até desnecessária – a exemplo da violação positiva do contrato, relacionada ao descumprimento de deveres anexos de conduta, especificados de forma não exaustiva no parágrafo anterior, melhor tratada no capítulo seguinte – o método de especificação de determinados institutos provou-se útil ao preenchimento material da cláusula geral de boa-fé objetiva e facilitou a identificação de situações para a aplicação do princípio no Brasil.

Destaca-se também que a boa-fé desempenha três funções principais no Direito Civil brasileiro, quais sejam¹⁰⁰: função de interpretação (representada pelo art. 113); função de controle (extraída do art. 187, por exemplo); e função de integração (presente na cláusula geral, prevista no art. 422).

Embora em um primeiro momento tenha havido receio na importação do instituto da boa-fé objetiva ao Direito brasileiro, referido princípio alcança cada vez mais uma operabilidade vasta, principalmente no campo do Direito obrigacional, expandindo-se, inclusive, para outros setores jurídicos para além do Direito Civil material, sendo comum aludir, por exemplo, à boa-fé objetiva processual ou à boa-fé objetiva no Direito Administrativo.

No campo do Direito dos contratos, como aludido por Anderson Schreiber, o desafio que se enfrenta na aplicação do princípio da boa-fé reside em sua

⁹⁸ COSTA, Judith M. **A Boa Fé no Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. p. 615.

⁹⁹ Quando a mora é tida por irrisória, não cabe a extinção do Contrato e sim outros efeitos jurídicos. Essa teoria tem relação direta com os princípios da boa-fé objetiva, função social e conservação do contrato.

¹⁰⁰ Todos os exemplos são extraídos do Código Civil.

superutilização. É imprescindível analisar essa problemática, que representa uma ameaça à conservação da utilidade desse princípio¹⁰¹; contudo, essa constatação não deve desmerecer a importância da boa-fé. Quando aplicada corretamente e devidamente fundamentada, a boa-fé objetiva representa um ponto significativo de articulação entre o Direito Positivo (*ius*) e a noção de justiça (*iustitia*). Ambos compartilham origem etimológica e, quando dissociados na prática jurídica, tendem a gerar desequilíbrios e insatisfação social, o que compromete o ideal de justiça material que o ordenamento busca alcançar¹⁰².

Judith Martins Costa adverte para o risco de uma invocação excessiva e indiscriminada do princípio da boa-fé objetiva, e recomenda como critério de contenção a verificação prévia da existência de regras legais específicas que possam ser aplicadas ao caso concreto com menor grau de indeterminação. A autora sustenta que o recurso à boa-fé deve ocorrer de forma subsidiária e complementar, nos casos em que não existirem normas mais precisas e suficientemente adequadas à regulação da situação analisada. Nesse contexto, a boa-fé atua como instrumento de integração e densificação do conteúdo obrigacional, bem como serve à completude do contrato com deveres que viabilizam o seu adimplemento satisfatório.

A partir dessa função integrativa, é possível extrair deveres específicos que orientam a conduta das partes, mesmo quando não expressamente previstos no texto contratual. Por exemplo, o dever de cooperação pode ser invocado para exigir a prática de atos necessários ao cumprimento da obrigação, ainda que não estipulados expressamente; o dever de lealdade opera como fundamento para coibir omissões que comprometam a boa execução contratual; e o dever de informação se torna essencial quando necessário para assegurar o consentimento livre e esclarecido da outra parte, como ocorre nas fases pré-contratuais ou em contratos com assimetria informacional¹⁰³.

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2020., p. 33.

¹⁰² DONNINI, Rogério. **Boa-fé e probidade**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, Andre Luiz (coord. geral); DONNINI, Rogério; FERRIANI, Adriano; GRAMSTRUP, Erik (coord. Direito Civil - Tomo 10). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo 10. Direito Civil. Edição 3: Julho, 2024. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/597/edicao-3/boa-fe-e-probidade>. Data de acesso: 13 mai. 2025. p. 28.

¹⁰³ COSTA, Judith M. **A Boa Fé no Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. p. 600.

Dentre as principais funções atribuídas à boa-fé objetiva, conforme aponta Rogério Donnini, destacam-se três dimensões normativas fundamentais: a função interpretativo-integrativa, prevista no art. 113 do Código Civil; a função criadora de deveres jurídicos, expressamente reconhecida no art. 422; e a função limitadora do exercício de direitos subjetivos, derivada do art. 187 do referido diploma legal, que veda o abuso de direito. Esta última função assume maior relevância, pois estabelece que o exercício de posições jurídicas subjetivas encontra limites quando for constatado abuso – isto é, quando o titular do direito utiliza-o de forma incompatível com a sua finalidade social ou econômica, ou de maneira contraditória com a confiança legítima da contraparte¹⁰⁴.

A partir dessa função limitadora, emergem figuras jurídicas consolidadas na doutrina e na jurisprudência, como o *venire contra factum proprium*, que consistem na vedação ao comportamento contraditório. Nessa hipótese, impede-se que uma parte atue de maneira contrária a condutas anteriores que geraram expectativa legítima na outra parte, causando-lhe prejuízo. Para a configuração dessa figura, são necessários quatro elementos: a conduta inicial; a confiança gerada; o comportamento posterior contraditório; e a consequente lesão à parte confiante.

Além do *venire*, outras construções doutrinárias derivadas da função limitadora da boa-fé também merecem destaque. É o caso da *supressio*, que impede o exercício de um direito que, embora formalmente existente, deixou de ser exigido por lapso temporal relevante e gera confiança em sua não exigibilidade. De modo complementar, a *surrectio* se refere ao surgimento de um direito em favor de uma parte em razão da tolerância ou prática reiterada da outra parte. A figura do *tu quoque* – que veda a exigência de cumprimento contratual pelo agente que descumpriu o contrato – guarda relação estreita com a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), prevista no art. 476 do Código Civil. Essa exceção, que consiste em uma forma de autotutela admitida legalmente, somente pode ser manejada por quem tenha cumprido previamente, ou esteja pronto a cumprir a sua obrigação, sob pena de desequilíbrio contratual e violação à boa-fé.

¹⁰⁴ DONNINI, Rogério. **Boa-fé e probidade**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, Andre Luiz (coord. geral); DONNINI, Rogério; FERRIANI, Adriano; GRAMSTRUP, Erik (coord. Direito Civil - Tomo 10) **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo 10. Direito Civil. Edição 3: Julho, 2024. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/597/edicao-3/boa-fe-e-probidade>. Acesso em: 13 mai. 2025. p. 21.

Nesse contexto, a boa-fé objetiva se revela como elemento essencial para limitar o exercício da autotutela nas relações obrigacionais. Ao atuar como critério de correção de condutas e de contenção de comportamentos oportunistas, a boa-fé impede que medidas unilaterais de reação — como a suspensão de uma prestação ou o bloqueio de um bem — sejam adotadas de forma arbitrária, desproporcional ou contraditória. Assim, a autotutela apenas será legítima quando exercida dentro dos limites traçados pela boa-fé, especialmente quanto à lealdade, à previsibilidade e à cooperação entre as partes. Esse filtro é indispensável para garantir que o exercício da autonomia privada não se converta em instrumento de abuso e assegure, portanto, a compatibilidade entre reação privada e justiça contratual.

1.7.2.1 Boa-fé como facilitadora do trânsito contratual

Para além das funções clássicas abordadas, a boa-fé objetiva desempenha também um papel estruturante na dinamização do tráfego contratual, e promove segurança e previsibilidade nas relações privadas¹⁰⁵. Ao estimular comportamentos cooperativos e leais, o princípio contribui para a confiança mútua entre os contratantes, elemento essencial para a celebração e a execução eficiente dos contratos. Em um cenário marcado pela complexidade e pelas incertezas da pós-modernidade, a boa-fé atua como fator de simplificação e estabilidade ao reduzir riscos e reforçar a coesão do mercado.

Ainda que os contratos não se prestem, em sua essência, à promoção de justiça social, a boa-fé, quando aplicada de forma consistente, colabora para evitar a ampliação de desigualdades. Isso se dá pela exigência de condutas pautadas por honestidade e respeito mútuo, o que favorece tanto os contratantes mais vulneráveis — especialmente protegidos por normas de ordem pública — quanto os agentes econômicos em posição de superioridade negocial, a quem também interessa um ambiente contratual equilibrado e previsível. Assim, ao fiscalizar desvios de conduta e proteger expectativas legítimas, a boa-fé atua como critério de justiça relacional, de caráter bilateral e funcional.

¹⁰⁵ Na obra “Boa-fé objetiva nas relações contratuais e a promoção de mercados eficientes”, de Bruno Saraiva, o autor explora o papel da boa-fé na manutenção da densidade do mercado, bem como de sua segurança e simplicidade, servindo, ainda, para reduzir a complexidade das relações jurídicas estabelecidas. (SARAIVA, Bruno de Sousa. **Boa-fé objetiva nas relações contratuais e a promoção de mercados eficientes**. Londrina/PR: Thoth, 2024).

Nesse contexto, a boa-fé se revela o instrumento mais eficaz contra o oportunismo contratual, precisamente porque protege o interesse legítimo das partes e oferece parâmetros objetivos para identificar e corrigir comportamentos desviantes¹⁰⁶. Ao criar um ambiente normativo confiável e estável, o princípio favorece não apenas a conclusão dos contratos, mas também a difusão de instrumentos eficazes de autorregulação e resolução privada de litígios.

Nesse ambiente, permeado por padrões cooperativos e sustentado por deveres anexos de conduta que, como mencionado, fortalece-se a legitimidade dos mecanismos de autotutela contratual. Instrumentos convencionais ou legais, que permitem às partes reagir diretamente à lesão de seus direitos – de modo proporcional, eficiente e controlável – pressupõem a existência de um cenário de confiança recíproca, no qual a boa-fé opera como condição de validade e filtro ético-jurídico para o seu exercício.

Ressalte-se que, embora a autotutela seja conferida às partes como meio legítimo de proteção de seus direitos, a sua aplicação não está imune ao controle judicial. Caso ultrapasse os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, especialmente os parâmetros impostos pela boa-fé objetiva, a sua legitimidade poderá ser questionada e reavaliada pelo Poder Judiciário em momento posterior, a fim de coibir eventuais abusos em seu exercício.

Em perspectiva mais ampla, observa-se que o fortalecimento da cultura contratual baseada na cooperação pode ser incentivado pelo sistema de justiça, por meio de políticas que valorizem a prevenção de litígios, a mediação privada, e a consolidação de entendimentos jurisprudenciais claros e estáveis. A tendência, nesse cenário, é o desenvolvimento de relações contratuais mais sólidas e duradouras, em que o inadimplemento seja reduzido, e o uso de medidas de autotutela, quando necessário, ocorra de forma prudente, proporcional e legítimo, em conformidade com os padrões normativos da boa-fé objetiva.

¹⁰⁶ SARAIVA, Bruno de Sousa. **Boa-fé objetiva nas relações contratuais e a promoção de mercados eficientes**. Londrina/PR: Thoth, 2024. p. 176.

1.7.3 Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos

O princípio da conservação¹⁰⁷ impõe que se busque salvar tudo que é possível no negócio jurídico, de maneira a preservar os efeitos úteis dos negócios celebrados, para evitar a sua invalidação ou ineficácia desnecessária¹⁰⁸. Trata-se de cláusula geral e princípio fundamental do Direito que orienta toda a interpretação dos negócios jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que na seara contratual impede que a interpretação de um contrato leve à sua destruição ou invalidação, protegendo, assim, a autonomia privada das partes.

Na interpretação do contrato, deve-se sempre buscar preservar o negócio jurídico, desde que isso esteja em conformidade com os critérios legais e a função social da interpretação, como ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁰⁹. Esse princípio baseia-se na ideia de que o ordenamento jurídico reconhece o negócio jurídico como um instrumento legítimo de autorregulação da vontade das partes. Por ser o negócio jurídico uma manifestação de vontade com efeitos atribuídos pelo direito, é natural que se busque conservar os efeitos pretendidos, sempre que esses atendam à função social e econômica que justificam a sua existência dentro do sistema normativo.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, o princípio da conservação do negócio jurídico manifesta-se em três planos distintos: existência, validade e eficácia¹¹⁰. No plano da existência, embora seja indispensável a presença dos elementos gerais para que o negócio seja reconhecido, o ordenamento admite, em casos específicos, a conversão substancial do ato – ou seja, a transformação de um negócio inválido para um tipo diverso, desde que se aproveitem os elementos prestantes e compatíveis com outro negócio possível e existente¹¹¹. Essa técnica busca preservar a utilidade do ato e respeitar a essência da manifestação volitiva.

¹⁰⁷ GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002. p. 65

¹⁰⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

¹¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002. p. 68.

¹¹¹ Podemos observar que a conservação substancial do negócio jurídico está prevista no artigo 170, do Código Civil, que prevê: “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”. Muito embora o artigo verse expressamente sobre o plano da validade, assim como Antônio Junqueira de Azevedo, outros autores, a exemplo de Maria Helena Diniz, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, sustentam sua aplicabilidade ao plano da existência, porém, com a ressalva que a

No plano da validade, a distinção entre nulidade e anulabilidade é influenciada de forma direta pelo princípio da conservação, pois permite a confirmação dos atos anuláveis¹¹² e, em situações específicas, a sanção dos atos nulos¹¹³. Tais mecanismos evitam que negócios potencialmente úteis sejam descartados por vícios que não comprometem a essência da vontade negocial ou que podem ser corrigidos, desde que não haja violação de normas de ordem pública.

No plano da eficácia, o princípio se expressa tanto na admissão da ineficácia em sentido estrito quanto na preservação da eficácia estabelecida. Na primeira situação, negócios jurídicos válidos, mas ainda ineficazes por ausência de um fator externo, como uma condição suspensiva ou a necessidade de registro, podem passar a produzir efeitos tão logo o fator de eficácia se realize, sem que se questione a sua validade originária. Ainda nesse plano, o ordenamento jurídico prevê mecanismos para manter a eficácia do negócio mesmo diante de alterações supervenientes, por meio de cláusulas de garantia implícitas¹¹⁴. Exemplos disso incluem a possibilidade de o comprador optar por abatimento proporcional do preço em vez da ação redibitória, em caso de vícios ocultos¹¹⁵, e a revisão judicial dos contratos em que ocorra excessiva onerosidade de uma das prestações¹¹⁶.

O princípio da conservação também atua como limite à autotutela contratual. Nas situações em que há cláusula resolutiva expressa, o simples inadimplemento não pode ensejar, de forma automática, a resolução do contrato, caso ainda subsista o resultado útil originalmente previsto. Nessas hipóteses, exige-se que o credor adote medidas menos gravosas, como exigir o cumprimento da obrigação, em vez de aplicar sanções desproporcionais.

inexistência normalmente impede qualquer aproveitamento, exceto quando há elementos suficientes para caracterizar outro negócio.

¹¹² BRASIL. Código Civil, artigo 172. "O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro."

¹¹³ BRASIL. Código Civil. Art. 1.550. "É nulo o casamento: Parágrafo único. Embora anulável ou nulo, se celebrado com a observância dos requisitos legais, convalesce pelo decurso de dois anos, se houver coabitação dos cônjuges nesse período."

¹¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2002. p. 70.

¹¹⁵ BRASIL, Código Civil. Art. 441. "A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas."

¹¹⁶ BRASIL. Código Civil. Art. 317. "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

Ao partir da premissa que apenas o inadimplemento que retira o interesse objetivo do credor poderá ensejar a resolução do contrato¹¹⁷, somado ao fato de que o que se pretende por meio do princípio da conservação do negócio jurídico é mantê-lo sempre que possível, de maneira a respeitar as finalidades com ele pretendidas, observa-se que o princípio da conservação do negócio jurídico também opera como limite material à autotutela contratual, especialmente nos casos de cláusulas resolutivas expressas. Embora nesses casos a cláusula resolutiva deva operar de pleno direito, sem necessidade de intervenção judicial, por outro lado, o simples inadimplemento de uma obrigação não autoriza, de forma automática, a resolução do contrato, sobretudo quando ainda se preserva o resultado útil almejado originalmente pelas partes, o que configuraria verdadeiro abuso do exercício do direito de resolução.

Nessas situações, antes de romper o vínculo contratual, cabe ao credor avaliar alternativas menos gravosas que permitam a continuidade da execução do contrato. Entre essas alternativas, destaca-se o uso de instrumentos de autotutela com finalidade cautelar e conservativa, desde que preenchidos os requisitos legais e compatíveis com o caso concreto. A autotutela, embora possa ser utilizada para a resolução do contrato, deve respeitar os limites fixados pelos princípios da boa-fé objetiva e da conservação do negócio jurídico. Assim, a sua aplicação com finalidade resolutiva só se justifica quando houver descumprimento definitivo e a frustração do interesse legítimo do credor. Nos demais casos, tais princípios orientam o uso da autotutela para preservar a continuidade do vínculo contratual ou promover o seu reequilíbrio.

1.8 Aspectos controvertidos da autotutela

Definido o conceito de autotutela adotado neste trabalho, bem como as suas funções, apresentados os fundamentos constitucionais e os princípios que conferem legitimidade à sua aplicação – juntamente com os limites ético-sociais que visam a restringir e controlar seu exercício – passa-se à análise dos principais argumentos contrários à sua adoção. Busca-se examiná-los criticamente e avaliar a sua consistência e a possibilidade de superação à luz do ordenamento jurídico.

¹¹⁷ BUSSATA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação dos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 150-151.

1.8.1 Exercício da autotutela como estímulo à violência e consequente comprometimento da ordem pública e perturbação da paz social

Um dos principais argumentos contrários à admissibilidade da autotutela é a associação de seu conceito às formas de justiça privada, compreendidas como práticas que estimulam a violência e o desequilíbrio social. Essa visão remonta ao período medieval, no qual a autotutela não representava a realização da justiça em sentido estrito, mas a imposição da vontade do mais forte ou mais astuto sobre o mais fraco, em um contexto de ausência ou ineficácia das instituições estatais de resolução de conflitos¹¹⁸. Nessa perspectiva, a autotutela se equipara a um ato ilícito, por não se alinhar à ordem jurídica vigente nem encontrar respaldo em fundamentos legais que legitimem a sua adoção. Seu exercício, portanto, configuraria uma violação ao monopólio estatal da jurisdição e à segurança jurídica que dele decorre.

A título de exemplo, ao compartilhar a concepção restritiva da autotutela, Cândido Rangel Dinamarco caracteriza-a como a forma mais precária e socialmente perigosa de defesa de interesses privados¹¹⁹:

Toda sociedade primitiva faz uso da autotutela, que é a mais precária e socialmente perigosa dentre as formas de defesa dos interesses privados: cada qual faz valer seu interesse na medida de sua força e não do seu direito, sem necessidade de demonstrar a um terceiro desinteressado e imparcial, ou a quem quer que seja, a procedência de sua pretensão. [...]

A visão do autor reforça a incompatibilidade da autotutela com os fundamentos do Estado de Direito, ao evidenciar o seu vínculo com formas arcaicas de resolução de conflitos baseadas na força e não no direito. Cândido Rangel Dinamarco dissocia a autotutela da concretização do direito, aproximando-a da noção de ato ilícito. Para o autor, a autotutela se caracteriza pelo uso da força, por excessos e por condutas arbitrárias, o que a tornaria incompatível com a ordem jurídica vigente. Essa leitura, contudo, desconsidera a origem etimológica do termo, que remete à ideia de tutela exercida pelo titular do direito, com vistas à efetivação de um direito reconhecido no ordenamento jurídico.

A partir dessa concepção, Dinamarco deixa de considerar as transformações sociais, econômicas e jurídicas que moldam a realidade contemporânea, e não propõe

¹¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 647.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

uma releitura do instituto da autotutela à luz dos atuais marcos normativos. No contexto jurídico atual, a violência e os abusos não são atributos inerentes à autotutela, mas desvios no exercício de qualquer direito, sujeitos a sanção¹²⁰. Por esse motivo, a crítica deve recair sobre os excessos – que devem ser coibidos – e não sobre a autotutela, especialmente quando esta se manifesta de forma legítima e delimitada juridicamente.

A vedação ao exercício arbitrário das próprias razões, prevista no art. 345 do Código Penal¹²¹, não se confunde com o conceito de autotutela que se desenvolve neste estudo. A razão de ser dessa norma é proibir a arbitrariedade, pois ela atenta contra a administração da justiça¹²². A autotutela, quando exercida nos limites legais e de forma proporcional, não configura exercício arbitrário; contudo, caso a parte utilize a autotutela de maneira excessiva, ultrapasse o exercício legítimo de suas razões e transforme-o em um ato arbitrário, poderá haver a configuração de um crime, a depender dos outros elementos do tipo penal. Para que um fato seja considerado típico, deve-se adequar ao modelo descrito na legislação penal¹²³; ou seja, a conduta do agente deve-se subsumir na descrição legal da infração. A tipicidade é um corolário do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*; ou seja, não há crime sem uma lei prévia que o defina¹²⁴. Dessa forma, a norma do Código Penal não tem a função de negar a autotutela, mas de punir o seu exercício arbitrário, quando este ultrapassar os limites da legalidade.

A distinção entre autotutela e violência arbitrária torna-se mais evidente quando se observa que o ordenamento jurídico brasileiro admite, em hipóteses específicas,

¹²⁰ É fundamental esclarecer que a força não é um requisito necessário para a prática da autotutela, uma vez que a maioria dos atos realizados com base na autotutela não envolve o uso de força ou qualquer contato físico. O uso da força só é permitido quando expressamente autorizado pela lei, regra que também se aplica ao exercício da autotutela.

¹²¹ Conforme previsto no Código Penal, o exercício arbitrário das próprias razões consiste em: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. Segundo os ensinamentos de BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte especial (arts. 312 a 337-D e arts. 338 a 359). v. 5. 17. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023, p. 186: “A conduta incriminada consiste em fazer justiça pelas próprias mãos, ou seja, valer-se de qualquer meio de execução (violência física, ameaça, fraude, recursos não violentos, subterfúgios etc.) tendente à satisfação de uma pretensão (legítima ou ilegítima), suscetível de apreciação pela autoridade judiciária.”

¹²² SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 248.

¹²³ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**, v. 1, 30. ed. 2024. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p. 332 *et seq.*

¹²⁴ Segundo a teoria tripartite de delito, existem degraus valorativos que permitem a atribuição de responsabilidade penal e facilitam a análise do fenômeno delitivo, sendo: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

manifestações legítimas de autotutela. Isso demonstra que a aplicação do instituto não implica o uso ilegítimo da força ou a violação da ordem jurídica. Prova disso é a existência de figuras jurídicas reconhecidas expressamente, como a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), a cláusula resolutiva, a contratação substitutiva, a compensação e o direito de retenção – todos mecanismos que conferem ao particular a possibilidade de proteger os seus interesses sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário. Nessas situações, o ordenamento reconhece a legitimidade de algumas formas de autodefesa como instrumentos de efetivação de direitos.

Conclui-se que é incorreto afirmar que a autotutela seja, por definição, arbitrária ou violenta, quando, na realidade, o seu exercício pode ocorrer de forma regulada, proporcional e autorizada juridicamente, constituindo uma via válida de realização do direito.

1.8.2 Monopólio da atividade jurisdicional

Um argumento adicional utilizado de forma frequente pela doutrina para limitar o uso da autotutela é o entendimento de que a resolução de conflitos deve ser centralizada nas figuras dos juízes ou árbitros, caso as partes assim escolham, por ser incompatível que o particular a exerça¹²⁵. Tal visão implica que o exercício da autotutela representaria uma violação ao monopólio da atividade jurisdicional do Estado, ou àquela prestada por meio da Arbitragem, como se apenas essas instâncias fossem legitimadas para resolver disputas.

No entanto, esse argumento não leva em consideração que o exercício da autotutela não se confunde com o exercício da jurisdição por serem conceitos distintos. A autotutela, ao contrário da jurisdição, não envolve uma decisão imparcial ou vinculante de um terceiro, mas a adoção de medidas pelo titular do direito para proteger os seus interesses. Ao ser realizada dentro dos limites legais e sem ultrapassar os excessos, a autotutela não compromete o sistema jurídico nem infringe

¹²⁵ Nessa linha, menciona-se BETTI, Emilio. Autotutela, Diritto Privado. **Enciclopedia del Diritto**, IV, 1959; e ANDRADE, Olavo de Andrade. **Notas sobre o direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 11, segundo o qual a autotutela é identificada a um estado pré-estatal, ou seja, sem poder público organizado. Segundo o autor: “Constituído o poder público, surge um princípio de ordem social segundo o qual ninguém pode fazer justiça por si mesmo.”

o monopólio da jurisdição¹²⁶, mas pode, ao contrário, reforçar a autonomia privada e a efetivação dos direitos individuais.

Ademais, a autotutela, por sua natureza, não apresenta a característica de definitividade. Caso se sinta prejudicada pelo exercício da autotutela realizado pelo credor, a parte devedora poderá recorrer ao Judiciário para que este examine a ocorrência de eventual excesso ou abuso no ato praticado. Assim, após o manuseio de um mecanismo de autotutela pelo credor, este pode ser questionado judicialmente, caso o pratique de forma incompatível com os fundamentos legais e os princípios limitadores previstos pelo ordenamento jurídico; ou seja, a parte prejudicada tem a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, que avaliará a legalidade do ato, que poderá confirmá-lo ou invalidá-lo, conforme a adequação à norma. Esse mecanismo garante que a autotutela não se transforme em um direito absoluto ou incontrolado, e permite o resguardo dos direitos das partes em caso de desvio ou excessos na sua aplicação.

A partir dessa perspectiva, é importante destacar que a prestação jurisdicional, embora assegurada constitucionalmente, não configura uma via obrigatória para a resolução de conflitos. Trata-se de um serviço público essencial, cuja disponibilidade deve ser garantida a toda a população, mas que não se impõe como a única forma legítima de composição de controvérsias. O art. 5º., inciso XXXV, da Constituição de 1988, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹²⁷, assegurando, portanto, o direito de acesso ao Judiciário; entretanto, essa previsão não implica a exclusividade estatal na solução de conflitos entre particulares que, no exercício de sua liberdade privada, podem optar por outros meios legítimos, diversos da via judicial para dirimir conflitos.

Nesse sentido, o reconhecimento de outras formas de resolução de controvérsias encontra respaldo também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Tema 249 da repercussão geral, a Corte reafirmou a constitucionalidade do pacto de alienação fiduciária em garantia, ao admitir a possibilidade de consolidação da propriedade do bem em favor do credor fiduciário

¹²⁶GIL Y GIL afirma: “No deben confundirse, aun sí, la autotutela privada y la jurisdicción. Por jurisdicción, o Administración de justicia em sentido estricto, ha de entenderse la función específica estatal que tiende a la satisfacción de pretensiones”. GIL Y GIL, José Luis. **Autotutela Privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994. p. 31.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2025.

sem necessidade de intervenção judicial prévia. Fundamentou-se, entre outros aspectos, na existência de mecanismos de controle posterior da legalidade dos atos praticados, o que afasta a ideia de aleatoriedade ou arbítrio no exercício da autotutela nesse contexto¹²⁸.

Portanto, além de não existir monopólio da jurisdição por parte do Estado¹²⁹ ou dos árbitros, é preciso reconhecer que a autotutela não se confunde com o exercício da função jurisdicional, tampouco se presta à solução definitiva dos litígios. Trata-se de um instrumento legítimo de autodefesa, cujo exercício pode ser submetido à apreciação do Poder Judiciário, caso uma das partes se sinta prejudicada. Nessa hipótese, o Judiciário não poderá se furtar do dever de analisar a legalidade e a legitimidade do ato praticado para garantir o controle e a proteção dos direitos eventualmente violados. Assim, por não representar ameaça à ordem jurídica, a autotutela reforça a autonomia privada dentro dos limites legais e convive harmonicamente com o sistema de justiça. Conclui-se, portanto, que o argumento contrário à sua admissibilidade, baseado na suposta usurpação da jurisdição estatal, não se sustenta diante de uma análise técnica e constitucional do tema.

1.8.3 Violação do devido processo legal

O último argumento a ser enfrentado, embora não menos relevante, dentre os principais pontos controvertidos acerca da admissibilidade da autotutela, é a alegação de que o seu exercício configuraria violação às garantias do devido processo legal, associadas tradicionalmente ao processo judicial formal. Ainda que o rol de objeções não se esgote neste estudo, busca-se tratar dos fundamentos mais recorrentes levantados pela doutrina contrária à autotutela, dentre os quais se destaca a crítica baseada na suposta incompatibilidade com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

¹²⁸ Essa posição é defendida pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Recurso Extraordinário 223975-1-DF, julgado em 23 de junho de 1998, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Ilmar Galvão.

¹²⁹ Nesse sentido, MOUZALAS, Rinaldo. Apresentação e Análise dos Argumentos Favoráveis e Contrários à Autotutela Privada no Direito Brasileiro. In: EID, Elie Pierre (org), **Ensaio Sobre Autotutela**. Londrina: Thoth, 2024, p. 272 et seq.

Não obstante referido receio, após os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários n.º 158.215/RS, 201.819/RJ¹³⁰ e no Agravo Regimental n.º 346.501/SP, consolidou-se na doutrina majoritária o entendimento de que o devido processo legal também incide nas relações privadas, ao extrapolar os limites estritamente processuais. Isso significa que os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da legalidade não se aplicam exclusivamente no âmbito judicial, mas também nas esferas extrajudiciais, especialmente quando envolvem restrições ou afetações de direitos.

Embora o devido processo legal pressuponha a observância de um conjunto de procedimentos destinados a assegurar um processo justo e equilibrado, o

¹³⁰ A título ilustrativo do emprego do devido processo legal às relações privadas, menciona-se: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL. STF - RE: 201819 RJ, Relator.: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577).

ordenamento jurídico admite hipóteses em que essa exigência pode ser relativizada. Isso ocorre, por exemplo, em situações de urgência, nas quais o cumprimento integral dos ritos processuais inviabilizaria a proteção do direito em tempo oportuno, ou ainda quando o valor do bem jurídico tutelado não justifica a adoção de todos os trâmites formais que compõem o devido processo legal. Nesses casos, admite-se, de forma excepcional e justificada, a dispensa de determinados procedimentos, sempre em atenção às circunstâncias concretas do caso.

Assim, de maneira excepcional, pode-se permitir a dispensa do devido processo legal, sempre ao ter em vista a situação concreta delineada. De toda forma, ainda nas situações que justifiquem a dispensa da garantia constitucional, fica a critério das partes buscá-la pela via judicial por meio do ajuizamento de ação judicial.

Para que a autotutela seja considerada legítima, deve-se perquirir uma série de procedimentos, ainda que no plano extrajudicial, que traduz, em termos práticos, uma forma de respeito ao devido processo legal em sua dimensão substancial. A extensão desse princípio às relações extrajudiciais contribui para consolidar a compatibilidade entre a autotutela e o sistema jurídico. Em diversos mecanismos de autotutela reconhecidos expressamente pelo ordenamento, há previsão clara dos atos e formalidades que devem ser observados – como ocorre, por exemplo, no pacto marciano, oriundo do Direito italiano, e na execução extrajudicial das garantias fiduciárias, amplamente adotada no Direito brasileiro¹³¹.

Afirmar que o devido processo legal limita-se à atuação do Poder Judiciário significa ignorar a complexidade dos procedimentos estabelecidos normativamente no exercício legítimo da autotutela. Longe de contrariá-lo, a autotutela, quando praticada nos limites legais, reforça e concretiza os valores estruturantes do devido processo legal, e contribui para a efetividade do direito em contextos em que a atuação estatal direta nem sempre se mostra viável ou necessária.

¹³¹ Érico Andrade *et al.* afirma: “[...] é de se assentar a irrevogável necessidade de procedimentalizar a atuação do credor, como ocorre no âmbito do pacto marciano no direito italiano e na execução extrajudicial das garantias fiduciárias no direito brasileiro, com a regulamentação do passo a passo para a atuação direta do próprio credor, com apuração de valor do bem imóvel, por meio, por exemplo, de laudo a ser produzido por experto neutro e imparcial, com previsão da forma de devolução ao devedor de eventual excesso, no caso de o bem ser de valor superior ao da dívida”. ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia Privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**, v. 322, p. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 12.

1.9 Função preventiva de danos desempenhada pela autotutela

Assim como a relação obrigacional na pós-modernidade deve ser interpretada sob a ótica da obrigação como um processo¹³², ou seja, como um processo dinâmico, no qual os deveres das partes projetam-se ao longo do tempo e não se esgotam em momentos estanques; a responsabilidade civil, mais especificamente a responsabilidade civil contratual, correspondente ao dever de reparação de um dano comprovadamente causado decorrente do inadimplemento contratual, deve ser inserida em um contexto mais amplo. Isso significa reconhecer que a função da responsabilidade civil excede a reparação de danos consumados ao assumir também um papel preventivo, voltado à preservação da integridade das situações jurídicas por meio de mecanismos capazes de evitar a ocorrência do prejuízo.

Conforme observa Rogério Donnini, a prevenção de danos é um direito fundamental, derivado do princípio *neminem laedere*, que impõe o dever de não causar prejuízo a outrem. Essa dimensão preventiva encontra respaldo no art. 5º., inciso XXXV, da Constituição, ao assegurar que “A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de a direito”¹³³. Assim, a responsabilidade civil não se limita ao dever de reparação, mas abrange igualmente a função preventiva, exercida por meio de instrumentos como a tutela inibitória¹³⁴.

A tutela inibitória apresenta natureza eminentemente material¹³⁵ por decorrer diretamente do direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma forma de proteção que surge desde a origem do direito material, com o objetivo de evitar a sua violação antes que o dano se concretize, e em por finalidade impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito ou reduzir as suas consequências danosas¹³⁶. Por essa razão, não depende necessariamente da

¹³² Sobre o conceito de obrigação como processo, consultar a obra COUTO SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, que será mais bem desenvolvido no segundo capítulo deste trabalho.

¹³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2025.

¹³⁴ DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 494.

¹³⁵ Sobre o tema, consultar VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹³⁶ DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 498.

atuação jurisdicional para ser exercida, pois o titular do direito pode adotar medidas legítimas de proteção que visam a impedir a sua frustração. Dessa forma, a autotutela preventiva revela-se como uma expressão legítima da autonomia privada em defesa de situações jurídicas ameaçadas¹³⁷, e desloca-se da função tradicional reativa ante uma lesão consumada para atuar como meio de evitar a ocorrência do dano.

No Código Civil, a função inibitória da responsabilidade civil encontra respaldo nos arts. 249 e 251, que tratam das obrigações de fazer e de não fazer. Esses dispositivos autorizam o credor a exigir a tutela específica da prestação pactuada, como alternativa à via indenizatória. Quando o devedor se recusa a cumprir a obrigação positiva – como a realização de determinada atividade – ou a observar um dever de abstenção, o ordenamento faculta ao credor a possibilidade de executar diretamente a prestação, com direito ao reembolso das despesas cabíveis. Essa previsão reforça a ideia de que a autotutela, em hipóteses específicas, é compatível com a lógica do sistema e pode ser empregada como técnica de inibição de danos.

Os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil tratam expressamente das hipóteses de urgência, nas quais o credor está autorizado a agir de forma imediata para assegurar o cumprimento da obrigação, independentemente de autorização judicial. Nessas situações, é possível ao credor fazer, mandar fazer ou desfazer algo por conta própria, exercer a autotutela de seu direito de forma direta, sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário.

Embora o *caput* desses dispositivos legais não mencione de forma explícita a obrigatoriedade de intervenção judicial para a execução da obrigação por terceiro ou pelo credor, a leitura sistemática dos dispositivos – ao considerar tanto os *caputs* quanto os respectivos parágrafos únicos – revela uma limitação implícita. Se a autotutela fosse plenamente admitida em qualquer hipótese, não haveria razão para o legislador restringi-la expressamente às situações de urgência no parágrafo único. A existência dessa ressalva sugere a intenção de condicionar a atuação autônoma do credor a circunstâncias excepcionais.

Nesse ponto, de maneira a englobar não apenas situações de urgência, mas todas as situações nas quais sejam constatados inadimplementos do devedor, que se recusa a saná-los, deve haver a ampliação da autotutela, de maneira a incluir a possibilidade de autotutela pelo credor em situações ou não de urgência, desde que

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: Individual e Coletiva. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

tenha um interesse legítimo a ser resguardado. Para tanto, embora parte da doutrina realize uma interpretação dos artigos referenciados de acordo com a autonomia privada das partes e reconheça a licitude da autotutela do credor¹³⁸, a limitação imposta pelo parágrafo único continua a gerar incertezas quanto à sua plena admissibilidade. Por isso, a solução mais adequada seria a alteração legislativa para suprimir essa restrição expressa e deixar claro que o credor pode contratar terceiro para executar a obrigação de fazer, ou desfazê-la no caso de obrigação negativa, independentemente de autorização judicial, desde que presente interesse legítimo e observados os limites legais.

Portanto, abre-se espaço para a expansão da autotutela como meio de concretização da tutela preventiva de danos, por ser um instrumento capaz de ampliar as perspectivas da responsabilidade civil se utilizada para garantir pretensões de ressarcimento não apenas decorrentes de perdas e danos, mas de recursos empregados na autodefesa de um direito em situações de proteção preventiva¹³⁹. Nos dizeres de Thaís Venturi:

Vale dizer: preserva-se a incolumidade do direito em essência, repassando-se ao agressor responsável pela injusta ameaça a responsabilidade de ressarcimento pelos custos da prevenção suportados pelo titular do direito (autotutela) ou, mesmo, por terceiro em sua defesa¹⁴⁰.

Percebe-se, pois, que a autotutela também pode atuar de forma efetiva na prevenção de danos. Ao permitir a atuação direta do titular do direito diante de uma ameaça, ela se torna um instrumento relevante da responsabilidade civil e contribui

¹³⁸ Nesse sentido, cita-se a obra: NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Comentário ao Código Civil**. Direito Privado Contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 351 *et seq.*

¹³⁹ Nesse sentido, “GRINOVER, Ada Pelegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional/RBDC**10, jul.-dez./2007”, dispõe que: “Pode-se afirmar que, assim, que a nova previsão de autotutela de que trata esse estudo representa uma modalidade congruente com as demais formas de autotutela autorizadas pela lei, que seus requisitos (explícitos e implícitos) representam uma baliza segura e eficaz para a conduta do credor, que o exercício da autotutela corre por conta e risco de quem dela se utiliza e que o sistema abre ao devedor insatisfeito o acesso à Justiça para a aferição dos pressupostos da autotutela, mediante as vias processuais próprias, podendo o credor ser condenado à reparação pelo abuso de direito eventualmente cometido. Em conclusão, a nova modalidade de autotutela não afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as garantias do devido processo legal, que ficam simplesmente diferidas para o eventual processo posterior, marcando a oportunidade sempre benfazeja de que as forças espontâneas do direito material se demonstrem suficientes para solucionar o conflito e para evitar o processo.”

¹⁴⁰ VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 296.

não apenas para o indivíduo reagir à lesão constatada, mas para coibir a violação, de maneira a preservar a integridade da relação jurídica.

1.10 Parâmetros para a identificação da autotutela legítima

Como analisado, a autotutela pode constituir solução legítima para a resolução de conflitos jurídicos, desde que observados os limites, os espaços de pertinência e as condicionantes estabelecidas pelo ordenamento jurídico¹⁴¹. Trata-se, portanto, de um dos meios de acesso à justiça, especialmente quando compreendida à luz do modelo de justiça multiportas, que admite diferentes formas de resolução de controvérsias, para além da atuação estatal tradicional¹⁴².

Como mencionado anteriormente, as partes são livres para estipular negócios jurídicos; é legítimo igualmente que prevejam, no âmbito contratual, mecanismos de autotutela, ainda que não expressamente tipificados em lei. Isso decorre do reconhecimento do contrato como expressão da autonomia privada, que faz lei entre as partes contratantes. Nessa perspectiva, é possível pactuar, por exemplo, hipóteses em que uma das partes atuará diretamente na defesa de determinado interesse e valer-se de um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias.

Observa-se, ademais, que instrumentos de autotutela se encontram dispersos em diversos diplomas normativos, para além do Código Civil, e refletem a sua incorporação progressiva à dinâmica contratual. Como exemplos, cita-se o contrato de depósito (Decreto-Lei nº. 116/1967, art. 7º.); a alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei nº. 911/1969, art. 2º.); bem como contratos bancários diversos, como empréstimos, financiamentos, operações com cartões de crédito e arrendamento mercantil, em que a Lei nº. 10.820/2003 admite a retenção de valores como forma de autotutela.

Além disso, a jurisprudência reconhece formas atípicas e convencionais de autotutela, como a realização de descontos automáticos de parcelas de empréstimos bancários em conta corrente, desde que autorizados pelo titular (Tema 1085 dos

¹⁴¹ DIDIER JR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Autotutela e Smart Contracts. In: EID, Elie Pierre (org), **Ensaio Sobre Autotutela**, Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 183.

¹⁴² Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Justiça multiportas como um ever-expanding system: um ensaio sobre a abertura como característica do sistema de justiça no Brasil. **Ensaio sobre Direito Constitucional, Processo Civil, e Direito Civil**: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim. Gilmar Mendes, Paulo Dias Moura Ribeiro, Ingo Wolfgang Sarlet e Otávio Luiz Rodrigues Jr. (coord.). Curitiba: Contemporânea de Direito, 2023, p. 149-162.

Recursos Repetitivos)¹⁴³; a compensação de valores para quitação de crédito rotativo¹⁴⁴; a cláusula de pacto marciano¹⁴⁵; e a admissão de garantia fiduciária de bem imóvel para finalidades distintas da aquisição financiada do bem¹⁴⁶.

Dessa forma, observa-se que, no campo do Direito dos Contratos, a autotutela desempenha função relevante como mecanismo de resolução privada de conflitos. No entanto, diferentemente do que ocorre no Código Civil Alemão, que prevê expressamente no §229 (*Selbsthilfe*)¹⁴⁷ um poder geral de autotutela conferido aos particulares, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de cláusula geral equivalente. Essa ausência normativa impõe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de elaborar critérios e diretivas seguras para identificar e validar cláusulas contratuais que prevejam o exercício da autotutela, sejam elas típicas ou atípicas. Trata-se de um esforço necessário para orientar o exercício legítimo da autonomia privada e assegurar a compatibilidade desses mecanismos com os princípios constitucionais e contratuais que regem as relações obrigacionais.

Ao seguir a linha de pensamento de Fredie Didier Junior, menciona-se algumas diretrizes que devem ser observadas pelas partes na estipulação contratual de cláusulas de autotutela, quais sejam¹⁴⁸:

i. É possível utilizar os instrumentos de autotutela convencional previstos na legislação como parâmetro para a análise da validade de cláusulas inseridas em outras espécies contratuais, por analogia. Cita-se, como exemplo, o direito de retenção, cuja extensão e aplicabilidade devem ser aferidas à luz da função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, de modo a verificar a licitude de seu emprego em situações não expressamente tipificadas;

¹⁴³ Os Recursos Especiais selecionados como representativos da controvérsia são os de números 1.863.973, 1.872.441 e 1.877.113, todos de São Paulo e de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, sendo que a fixação da tese jurídica com força vinculativa teve como fundamentos a isonomia, economia de tempo e a segurança jurídica.

¹⁴⁴ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias autoexecutáveis**. São Paulo: RT, 2022, p. 222.

¹⁴⁵ O pacto marciano será melhor explorado no terceiro capítulo deste trabalho, porém, adianta-se que o tema fez parte de posicionamento das Jornadas de Direito Civil, a exemplo do Enunciado nº 626, fruto da VIII Jornada de Direito Civil, que dispõe: “Não afronta o art. 1.428, do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida).”

¹⁴⁶ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias autoexecutáveis**. São Paulo: RT, 2022, p. 272.

¹⁴⁷ ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Bundesministerium der Justiz. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 29 mai. 2025.

¹⁴⁸ DIDIER JR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Autotutela e Smart Contracts. In: EID, Elie Pierre (org), **Ensaio Sobre Autotutela**. Londrina: Thoth, 2024, p. 193.

- ii. Condutas tipificadas como crime, evidentemente, não podem ser admitidas como formas legítimas de autotutela;
- iii. Da mesma forma, comportamentos que afrontem a boa-fé objetiva, configurem abuso de direito ou violem a dignidade da pessoa humana não podem ser reconhecidos como modalidades válidas de autotutela de origem convencional;
- iv. Todas as restrições expressamente previstas em lei devem ser respeitadas, como, por exemplo, a proibição do pacto comissório, nos termos dos arts. 1.365 e 1.428 do Código Civil; e
- v. Por fim, destaca-se que o exercício da autotutela não é definitivo e pode ser submetido à posterior análise e controle pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, é igualmente imprescindível que o intérprete do Direito, caso acionado para apreciar questões que envolvem o exercício da autotutela, observe atentamente as diretrizes delineadas para o reconhecimento da autotutela legítima, a fim de compreender adequadamente a sua extensão, os seus pressupostos de validade e a sua finalidade no âmbito das relações jurídicas. O respeito a esses parâmetros pelo Judiciário – tais como a compatibilidade com a boa-fé objetiva, função social do contrato, razoabilidade, a vedação ao abuso de direito e a conformidade com as disposições legais – é essencial não apenas para evitar uma atuação indevidamente restritiva, mas também para reafirmar o papel da autonomia privada como instrumento legítimo de autorregulação contratual¹⁴⁹.

Ao reconhecer e validar, nos casos cabíveis, os mecanismos de autotutela exercidos dentro dos marcos jurídicos, o Judiciário contribui ativamente para a promoção de formas alternativas de resolução de conflitos, em consonância com os princípios constitucionais e com a lógica do sistema de justiça multiportas. A interpretação cuidadosa e contextualizada desses elementos permite distinguir os mecanismos lícitos de autotutela daqueles que configuram abusos e contribuir para a consolidação de uma cultura jurídica que valoriza soluções privadas legítimas e adequadas em seu aspecto funcional.

¹⁴⁹ MOUZALAS, Rinaldo. Apresentação e Análise dos Argumentos favoráveis e contrários à Autotutela Privada no Direito brasileiro. In: EID, Elie Pierre (org), **Ensaio Sobre Autotutela**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 255.

2 PATOLOGIA DO ADIMPLEMENTO COMO CAMPO FÉRTIL PARA A UTILIZAÇÃO DA AUTOTUTELA

Após a exposição do conceito de autotutela, sua fundamentação jurídica, limites e superação da concepção tradicional que a associava à autodefesa proibida, passa-se à análise do contexto em que esse instituto encontra campo propício de aplicação: o inadimplemento contratual. Para tanto, é necessário compreender as transformações pelas quais passou o Direito das Obrigações no cenário contemporâneo e como essas mudanças permitiram a reinterpretação e a possível ampliação da autotutela nas relações contratuais, o que se examina a seguir.

2.1 Direito das obrigações no cenário pós-moderno

Observa-se que os instrumentos de autotutela privada têm espaço de aplicação, relevância e utilidade em diversas circunstâncias de proteção de interesses; contudo, o âmbito de pesquisa do presente trabalho restringe-se aos mecanismos de autotutela privada no cenário de inadimplemento contratual, seja absoluto ou relativo, patologia contratual que merece destaque porque é a mais destacada no âmbito da teoria geral dos contratos.

Para seguir com o estudo do inadimplemento contratual, é relevante entender o contexto no qual essa figura localiza-se. Nota-se que o dinamismo das relações estabelecidas entre as pessoas no cenário pós-moderno, bem como a crescente complexidade dessas relações, contribuiu para que o cenário de riscos contratuais se diversificasse, de modo que há continuamente mais soluções jurídicas primordiais efetivas e ágeis na proteção de interesses lesados ou ameaçados de lesão. O inadimplemento contratual é, portanto, campo fértil para o desenvolvimento e a aplicação de mecanismos de autotutela privada pelo contratante lesado, para que este tenha a possibilidade de proteger o seu interesse na velocidade necessária para resguardar a efetividade da proteção buscada.

Para entender a relação obrigacional na contemporaneidade, é imperioso notar que mesmo o ramo do Direito das Obrigações, analisado por muitos doutrinadores

como verdadeiro santuário¹⁵⁰, foi objeto da ação do tempo e da história; e perdeu a noção estática de adimplemento como cumprimento pontual da prestação devida. O Direito das Obrigações, assim como os demais ramos do Direito, a partir da transição do Estado Liberal para o Estado Social, influenciou-se diretamente pelos princípios fundamentais do sistema jurídico e da proteção do bem-estar social, de modo que não pôde a liberdade, inclusive a liberdade contratual, imperar a qualquer custo.

Pietro Perlingieri cita um exemplo que capta a alteração do foco do Direito das Obrigações, que passa a voltar-se à primazia da pessoa em sua integral concepção, consistente na situação de um trabalhador que exerce o seu labor em uma linha de produção e interrompe o exercício de sua função para acudir um companheiro que passa mal ao seu lado. Conforme o solidarismo, que norteia o ordenamento jurídico, seu ato não pode ser considerado como causa para a sua demissão, ainda que tenha causado prejuízos à linha de produção; o valor da pessoa e, conseqüentemente, a sua integridade física e psíquica, são superiores hierarquicamente ao cumprimento das obrigações dispostas no contrato de trabalho. A interrupção, portanto, é justificável e legítima para excluir a imputabilidade de eventuais danos ao empregado.¹⁵¹

O exemplo em comento atenta para o fato de que o Direito não pode ser aplicado conforme a ótica formalista, que se faz simplista dadas as relações complexas existentes; para além da forma, deve ser analisada a estrutura dos institutos jurídicos e a sua função. Apenas nessa perspectiva é possível entender a natureza jurídica dos instrumentos jurídicos e como eles são melhor empregados para a proteção das situações concretas que se delineiam.

O Direito das Obrigações não deve ser tratado de forma diversa, eis que apenas se compreende a relação obrigacional de forma correta quando se examina o seu perfil estrutural e também funcional¹⁵², o que significa dizer que a disciplina da relação obrigacional deve investigar as finalidades que as partes pretendem com o

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>. Acesso em: 3 nov. 2024.

¹⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>. Acesso em: 3 nov. 2024. p. 5.

¹⁵² Pietro PERLINGIERI. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997, p. 348.

cumprimento da obrigação¹⁵³. Nesse sentido, deve-se interpretar a relação obrigacional sob o ângulo de sua totalidade; ou seja, deve-se fazer o exame do vínculo obrigacional em sua completude e não de forma segmentada, o que corresponde a entendê-lo como um processo¹⁵⁴. Conforme adverte Clóvis do Couto e Silva ao explicar o que seria a ótica da totalidade do vínculo jurídico estabelecido por meio da relação obrigacional: “Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções”¹⁵⁵.

De acordo com a concepção de Clóvis do Couto e Silva, a relação obrigacional, composta por seus elementos subjetivos, identificados pelos sujeitos da relação – objetivos – referentes à prestação devida, e todos os direitos e deveres – principais, secundários e acessórios – correspondem a um todo diverso da soma de seus elementos, e perfaz uma unidade autônoma. Isso justifica o adimplemento não ser identificado exclusivamente com a satisfação da prestação principal; ganha espaço o conceito de prestação devida, composta pela prestação principal e também pelos deveres secundários e acessórios inerentes à relação obrigacional. Da mesma forma, o descumprimento de um dever secundário ou acessório pode dar ensejo ao inadimplemento contratual.

A obrigação identificada como um processo compõe-se por todas as atividades necessárias para que se alcance a satisfação do interesse do credor; é um processo se consideradas todas as etapas que precisam ser cumpridas para alcançar-se o adimplemento do dever.¹⁵⁶ A cooperação entre as partes passa a ser característica expressiva para que se obtenha o adimplemento, de maneira que o devedor e o credor não são considerados em posições antagônicas, mas participantes de um todo maior que visa à finalidade máxima de satisfação.

No tocante aos deveres que integram a relação obrigacional, os deveres principais atrelam-se diretamente à prestação principal, constituem o núcleo da

¹⁵³ KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Acesso em: 3 nov. 2024.

¹⁵⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 18.

¹⁵⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20.

¹⁵⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 22.

obrigação considerada¹⁵⁷, a qual, por sua vez, desdobra-se em obrigações negativas e positivas; são as consistentes na obrigação de não fazer e estas correspondentes à obrigação de dar, fazer e restituir¹⁵⁸.

Os deveres secundários relacionam-se à concretização das prestações secundárias, que seguem, de maneira geral, o regime das principais, de modo a complementá-las; integram o interesse do credor e aditam outras condutas diversas. Segundo Menezes Cordeiro¹⁵⁹, a título exemplificativo, dentre as obrigações secundárias do locatário estão: facultar ao locador o exame da coisa locada; não aplicar a coisa para fim diverso daquele a que se destina; tolerar reparações urgentes; e não sublocar o imóvel, salvo se permitido pelo locador.

Os deveres acessórios – laterais ou instrumentais – não integram direta ou de forma secundária a prestação, pois são decorrentes da *bona fides*, do Direito Romano, que de forma geral preceitua o dever de agir com correção nos diversos âmbitos e momentos da relação obrigacional. O precursor da doutrina moderna dos deveres acessórios e sua essencialidade foi Hugo Kress¹⁶⁰, que em uma exposição realizada em 1929 explicitou que a ilicitude não se restringe à violação de bens juridicamente tutelados; abrange também a violação de deveres de conduta e de proteção, deveres estes cuja finalidade é evitar danos aos bens jurídicos e interesses patrimoniais de outrem.

Os deveres laterais podem ser exigidos desde o momento das tratativas, passa pela execução do contrato e se expande para além de sua extinção, ou seja, durante todo o processo obrigacional, o que reforça que a relação obrigacional não é uma relação de prestação isolada.

Conforme o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, os deveres anexos à relação obrigacional – decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva – podem ser sistematizados nos seguintes grupos¹⁶¹: a) dever de cuidado em relação à outra parte contratual; b) dever de respeito; c) dever de informação da outra

¹⁵⁷CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, v. 9, p. 489.

¹⁵⁸SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 85.

¹⁵⁹CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. v. 9, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 496.

¹⁶⁰KRESS, Hugo. *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Beck, 1929 *apud* CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. v. 9, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 509.

¹⁶¹Análise feita por NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 29. do REsp nº. 1.651.289 – SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento 06/04/2017, DJe 05/05/2017.

parte no tocante ao conteúdo do negócio celebrado; d) dever de agir conforme a confiança que foi depositada; e) dever de colaboração e de cooperação; e f) dever de agir com razoabilidade.

Há autores que organizam esses deveres de forma diversa, como Menezes Cordeiro, ao mencionar que os deveres acessórios podem ser agrupados nos seguintes blocos: informação, lealdade e segurança¹⁶²; contudo, pela centralidade do direito de cooperação entre as partes como resultado direto na boa-fé, é necessário que toda classificação destaque o referido direito, motivo pelo qual a classificação trazida pelo Superior Tribunal de Justiça faz-se mais abrangente e adequada.

Portanto, como demonstrado até o momento, a relação obrigacional é complexa por conter vários vínculos obrigacionais que se interligam numa unidade funcional¹⁶³, diversa da soma dos seus elementos; envolve, junto à prestação principal, deveres de conduta, deveres secundários, direitos potestativos e situações de sujeição, que devem ser satisfeitos para alcançar o exato adimplemento da obrigação.

2.1.1 Investigação da Obrigação sob a ótica funcional: o interesse do credor

A partir da concepção funcional da obrigação, que busca compreender não apenas a sua estrutura formal, mas sobretudo as finalidades que ela visa a atingir, assume relevância a análise do interesse do credor na relação obrigacional. Sob a ótica funcional, a obrigação não é interpretada como um fim em si, mas como um instrumento de cooperação social voltado à realização do interesse do credor¹⁶⁴.

Nesse sentido, o conceito de exato adimplemento se liga de modo estrito ao interesse do credor na obrigação. Por mais que nas obrigações complexas haja diversos interesses envolvidos, que não devem ser considerados de forma estanque, mas interrelacionados, ganha destaque o interesse do credor na prestação devida, que é a motivação para que se estabeleça o vínculo jurídico e imponha o dever de prestação. A prestação deve ser satisfeita seguindo o avençado, conforme previsto no art. 313 do Código Civil, ao pressupor que o credor não é obrigado a receber

¹⁶² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. v. 9, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 516.

¹⁶³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz, t. 1, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37.

¹⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997, p. 220.

prestação diversa da que lhe é devida, ainda que seja mais valiosa; contempla-se a exatidão do cumprimento, que deve atender à expectativa justa do credor. Ainda que se trate de prestação divisível, o credor não pode ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar – por partes – se o ajustado entre as partes não foi nesse sentido, segundo o art. 314, do mesmo diploma legal.

Para que o adimplemento exato seja atingido, é imperioso que se observe alguns pressupostos¹⁶⁵, quais sejam: a) de ordem subjetiva: quem e a quem pagar; b) de ordem objetiva: o que e onde pagar; e c) de ordem temporal: quando pagar; cuja inobservância acarreta a mora do devedor, desde que nenhuma dessas condições seja essencial ao negócio jurídico, situação na qual a mora dá espaço ao inadimplemento absoluto.

Para além da análise estrutural da obrigação, deve-se investigar as finalidades perseguidas pelas partes com o seu cumprimento; exige-se que o interesses envolvidos sejam legítimos, ou seja, dignos de tutela, especialmente o interesse do credor, e que a obrigação não seja um fim em si, mas um meio de satisfação desse interesse. Adicionalmente, embora o inadimplemento seja a principal patologia do Direito dos Contratos, o foco principal deve ser cuidar da relação obrigacional para promover o adimplemento. A concepção promocional do Direito das Obrigações se alinha com a concepção de Bobbio, segundo a qual o Direito não se resume à sua função opressora, pautada pelo binômio lesão-sanção, mas apresenta, prioritariamente, uma função promocional¹⁶⁶, civilizatória e responsável por transformar o *status quo*.

2.1.2 Resultado útil nas obrigações de meio e de resultado

O resultado útil que se busca com a obrigação decorre do exato adimplemento e está presente em todas as obrigações, independentemente da classificação que lhes seja atribuída. Essa observação merece destaque em razão da existência de posições doutrinárias que negam a presença do resultado útil nas obrigações de meio. É o caso de Emilio Betti, para quem esse tipo de obrigação caracteriza-se apenas pela

¹⁶⁵ NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 576.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **La funzione promozionale del diritto**. In Dalla struttura alla funzione. Milano: Comunità, 1977, p. 13.

observância, por parte do devedor, de uma linha de conduta; o efeito útil decorre da conduta, alheio à sua responsabilidade, por não integrar o conteúdo da prestação devida¹⁶⁷. Nessa linha de raciocínio, Fábio Konder Comparato afirma que, nas obrigações de meio, o devedor não se compromete com a produção de um resultado útil ao credor, mas apenas com o empenho diligente na execução da atividade acordada¹⁶⁸.

Primeiramente, cabe ressaltar que a classificação das obrigações em obrigações de meio e de resultado é polêmica e tornou-se objeto de críticas; a parte da doutrina entende que essa classificação remonta à noção estática de obrigação, e não é cabível no contexto das obrigações complexas¹⁶⁹.

Caso se adote a classificação entre obrigações de meio e de resultado, é fundamental haver uma compreensão precisa acerca do que se entende por meio e resultado: nas obrigações de meio há um resultado útil visado, ainda que não consista na obtenção de um efeito final específico, mas na execução diligente da atividade contratada. É o que se observa, por exemplo, nas atividades desempenhadas por profissionais liberais. Tanto o médico quanto o advogado têm o dever de adotar uma conduta diligente e técnica perante, respectivamente, o paciente e o cliente: seja na indicação do tratamento mais adequado, no caso do médico, seja na condução do patrocínio da causa com profissionalidade e dentro dos meios legalmente disponíveis, no caso do advogado.

Nessas hipóteses, o resultado útil não se confunde com promessas de cura ou de vitória processual – expectativas que, se assumidas, caracterizariam condutas profissionais indevidas – reside na atuação qualificada e diligente do profissional. Conclui-se, portanto, que em qualquer relação obrigacional há a busca por um resultado útil, mesmo que ele se concretize por meio da observância de deveres de conduta e não da entrega de um resultado final garantido.

¹⁶⁷ BETTI, Emilio. **Cours de droit civil compare des obligations**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 32, *apud* KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Acesso em: 7 nov. 2024.

¹⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 386, dez. 1967, p. 26-35.

¹⁶⁹ Sobre o tema, consultar CAON, Felipe Varela. **O problema das obrigações de meios e de resultado**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 85-104.

2.1.3 Objeto da obrigação: teorias personalista e patrimonialista

Embora os requisitos de validade do negócio jurídico estejam expressamente previstos no art. 104 do Código Civil – segundo o qual o objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável – suscita-se a questão acerca da necessidade de que a prestação envolva conteúdo patrimonial. Em outras palavras, discute-se se a patrimonialidade da prestação constituiria requisito imprescindível à validade do objeto do negócio jurídico, bem como qual seria a extensão desse requisito, caso se reconheça a exigência.

Nesse contexto, observa-se uma contraposição marcante entre dois Códigos Civis expressivos do século XX no que diz respeito à patrimonialidade da prestação: o Código Civil italiano de 1942, em seu art. 174, exige expressamente a avaliação econômica da prestação como requisito para a configuração da obrigação. Em sentido diverso, o Código Civil português adota uma concepção mais ampla, afasta a patrimonialidade como exigência necessária para a validade do objeto contratual. De acordo com esse diploma, basta que o objeto represente um interesse juridicamente relevante e digno de tutela para que a obrigação se constitua de forma válida.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tanto o legislador do Código Civil de 1916 quanto o do Código Civil de 2002 optaram por não tratar de forma expressa da patrimonialidade como elemento constitutivo da obrigação, e silenciaram-se quanto à natureza econômica da prestação. Apesar disso, a doutrina nacional se debruçou amplamente sobre o tema, dadas as suas relevâncias teórica e prática. A maioria dos autores se manifesta no sentido de que a patrimonialidade constitui requisito essencial para a configuração da obrigação, entendida esta como uma relação jurídica que tem por objeto uma prestação economicamente apreciável¹⁷⁰.

Dentre as correntes tradicionais que classificam a patrimonialidade como requisito da obrigação, não há unanimidade em seu conceito: uma primeira linha acredita que a patrimonialidade pode decorrer da natureza da prestação ou da convenção das partes, neste último caso, a patrimonialidade decorre da valoração atribuída de modo convencional à obrigação, e pode ser exemplificada pela previsão

¹⁷⁰ Cita-se como exemplos: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. II, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21-22; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 2, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. vl. 4, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; p. 21-22;

de cláusula penal ou de outras consequências pecuniárias em caso de inadimplemento¹⁷¹; a segunda concepção associa a patrimonialidade da obrigação à vedação de que os efeitos do inadimplemento recaiam diretamente sobre a pessoa do devedor. Tal entendimento se fundamenta na proteção conferida pelo ordenamento jurídico à dignidade da pessoa humana, consagrada tanto na Constituição Federal quanto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, os quais vedam a prisão civil por dívidas¹⁷². A única exceção admitida a essa regra diz respeito ao inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar, nos termos do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição. Por derradeiro, todas as consequências que decorrem da relação obrigacional têm efeito patrimonial, respondem apenas os bens do devedor pelo inadimplemento, conforme previsto no art. 391, do Código Civil. O ordenamento jurídico protege, portanto, a incolumidade física do devedor, e admite exceção apenas em casos específicos de dívidas alimentares. Nessa hipótese, justifica-se a medida coercitiva em razão da condição de vulnerabilidade e dependência do credor, que necessita do mínimo indispensável para a sua subsistência.

Ainda que defendam fundamentações distintas, as correntes tradicionais convergem ao considerar as consequências do inadimplemento como critério para identificar a patrimonialidade da obrigação. Em ambas as perspectivas, é a forma como se estruturam os efeitos do descumprimento contratual que revela o conteúdo patrimonial da relação jurídica estabelecida entre as partes; contudo, o fundamento da patrimonialidade não deve estar em referidas consequências, pois a violação de deveres não patrimoniais também pode levar à indenização pecuniária, a exemplo dos danos morais. Por essa razão, para o entendimento mais adequado a patrimonialidade não se deve aferi-la a partir das consequências do inadimplemento, mas com base na valoração econômica da conduta exigida do devedor – isto é, na natureza da prestação devida. Trata-se, portanto, de um critério que incide sobre o

¹⁷¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

¹⁷² Na Constituição Federal, art. 5º., inciso LXVII, está disposto que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O Pacto de San José da Costa Rica, que adentrou no Direito brasileiro mediante a promulgação do Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, por sua vez, restringiu a possibilidade de prisão civil por dívida ao devedor de alimentos, conforme artigo 7-7: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

conteúdo da obrigação, e não sobre os efeitos jurídicos decorrentes de seu eventual descumprimento¹⁷³. Nessa linha, Pietro Perlingieri destaca que:

O conceito de patrimonialidade tem, portanto, natureza objetiva e é determinado no âmbito de um contexto jurídico-social. Uma prestação é patrimonial quando a consciência comum de uma dada coletividade, em um dado momento histórico e em um dado território, reconhece nela tal natureza¹⁷⁴.

O conceito de patrimonialidade elaborado por esta corrente exclui as prestações não patrimoniais da incidência do regime jurídico do direito ao crédito, que se rege pelo Direito das Obrigações, ao conceder, conseqüentemente, um tratamento mais justo e protetivo a essas prestações. São deveres merecedores de ampla tutela por terem como objeto condutas do devedor que não são avaliáveis patrimonialmente; estão, portanto, excluídos da proteção jurídica conferida às obrigações para gozarem de tutela mais ampla, atenta à proteção da dignidade humana.

Adicionalmente, a obrigação pode prestar-se a satisfazer um interesse econômico ou não econômico do credor, desde que a conduta exigida do devedor, que realizará esse interesse, seja considerada, no contexto jurídico-social, algo que possa ser negociável. Caso a prestação não seja negociável, não faz sentido a incidência do regime das obrigações sobre essa relação; portanto, a patrimonialidade não deve ser fundamentada unicamente no interesse do credor.

Conforme anteriormente exposto, as prestações de natureza patrimonial submetem-se ao regime jurídico do direito de crédito, regulado pelas normas do Direito das Obrigações, cuja finalidade central é a organização da circulação de valores econômicos no mercado. Submeter deveres não patrimoniais a esse conjunto normativo implica tratá-los segundo a lógica mercantil das relações patrimoniais, o que resulta em inadequação evidente, cujo enquadramento ignora a complexidade existencial que caracteriza essas prestações; o conteúdo envolve dimensões pessoais e éticas que transcendem a mera satisfação de um débito¹⁷⁵.

¹⁷³ Nesse sentido, Aline Terra explica: “[...] a patrimonialidade da prestação resta configurada se for possível estabelecer valor em dinheiro para a prestação destinada a conferir ao credor utilidade (estimável economicamente na vida de relação, mas que, se considerada de per si, pode não admitir valoração em dinheiro), a satisfazer interesse típico, apreciável pecuniariamente.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 32).

¹⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997, p. 224.

¹⁷⁵ Conforme preceitua Pietro Perlingieri, “Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação a importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela

De forma exemplificativa, no art. 1.566, do Código Civil, estão previstos os deveres dos cônjuges, dentre os quais o dever de fidelidade, respeito e consideração mútuos¹⁷⁶. Para os patrimonialistas, esses deveres não seriam obrigações, mas outra categoria de deveres jurídicos, o que impõe a inaplicabilidade automática do regime do direito das obrigações a essas situações, de modo que não se reconhece, por exemplo, um direito de crédito de um cônjuge em face do outro em razão da inobservância desses deveres.

Para os autores que não reconhecem a patrimonialidade como requisito essencial da obrigação, é possível considerar os deveres como obrigações jurídicas *per se*. Nessa perspectiva, admite-se a existência de um débito conjugal, fundado em uma relação marcada pelo afeto e pela solidariedade familiar que, à semelhança dos contratos em geral, também se estrutura com base na correspectividade e no equilíbrio entre as partes. Sob esse entendimento, o não cumprimento desses deveres, entendidos por prestações, poderia ensejar a configuração de débito conjugal, fundamentado no descumprimento de uma obrigação, em que se afasta o fundamento mais adequado, que seria a frustração da finalidade pretendida com o casamento, qual seja, o livre desenvolvimento dos cônjuges. Esse posicionamento padece de fundamentação axiológica adequada, pois a frustração desses deveres representa a quebra dos valores de confiança e de solidariedade que regem a relação conjugal e não faz sentido o débito conjugal ou o crédito de afeto.

As consequências pela violação de deveres em uma relação conjugal não podem ser convertidas em perdas e danos, apenas a dissolução do vínculo conjugal. Os princípios de liberdade e da igualdade, presentes na relação conjugal, sobrepõem-se à solidariedade familiar, não há a configuração de dano moral indenizável em hipóteses como infidelidade, abandono do lar, desassistências; dá ensejo apenas à separação judicial ou ao divórcio¹⁷⁷.

A referência aos deveres conjugais versou apenas sobre a finalidade ilustrativa, como exemplo de situações existenciais que demandam uma tutela jurídica mais

qualitativamente diversa." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 34).

¹⁷⁶ Exemplo dado por Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería em KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Acesso em: 7 nov. 2024.

¹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos morais em família?** Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. v. 386. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183-201.

ampla e adequada, proporcional aos valores que nelas se encontram envolvidos; há situações semelhantes no ordenamento jurídico. Defender que a patrimonialidade não é um requisito inerente à obrigação é posicionar-se contra a tendência de despatrimonialização do Direito Civil¹⁷⁸ e todo arcabouço maior representado pela dignidade da pessoa humana, incorporado pelo Código Civil, principalmente, por meio dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A distinção entre situações patrimoniais e não patrimoniais é relevante para a delimitação adequada dos contextos em que os instrumentos de autotutela podem ser empregados de forma legítima, bem como para a compreensão da extensão de sua aplicabilidade. Se uma prestação é manifestamente patrimonial, torna-se nítido que os instrumentos de autotutela contratual têm amplo espaço de aplicabilidade e o seu uso apresenta potencialidade de expansão. O verdadeiro desafio reside nas hipóteses em que os deveres jurídicos assumem natureza híbrida ou dúplice – não podem ser enquadrados de forma exclusiva como patrimoniais – o que impõe uma análise mais cuidadosa sobre a admissibilidade desses mecanismos.¹⁷⁹

Entende-se como dúlices as relações jurídicas que envolvem simultaneamente elementos de natureza existencial e patrimonial. Um exemplo paradigmático é o direito à imagem, que, embora se relacione diretamente aos atributos da personalidade de seu titular, pode ser objeto de negociação e quantificação econômica. O inadimplemento de obrigações dessa natureza pode ensejar tanto a violação de interesses patrimoniais quanto de interesses extrapatrimoniais. Nessas hipóteses, é essencial verificar se o componente existencial está vinculado ao interesse do devedor ou do credor.

No primeiro caso, quando o interesse existencial é do devedor, a aplicação de mecanismos de autotutela tende a ser mitigada, para evitar que o exercício unilateral de um direito resulte em lesão à esfera existencial da parte contrária¹⁸⁰. Por outro lado, quando o interesse existencial em jogo corresponde a um direito do credor, admite-

¹⁷⁸ Nos dizeres de Pietro Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 33): “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores”.

¹⁷⁹ Classificação conferida por MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 34.

¹⁸⁰ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 110.

se, de forma mais ampla, o uso de instrumentos de autotutela privada, como na hipótese de utilização indevida da imagem para fins diversos dos autorizados ou em contratos de consumo cujo inadimplemento comprometa o livre desenvolvimento da personalidade do consumidor.

Dessa forma, a patrimonialidade revela-se um critério relevante para balizar a aplicação da autotutela, tanto no que diz respeito à ampliação quanto à limitação de seu uso. A sua admissibilidade deve ser analisada à luz da proteção dos direitos existenciais envolvidos e da condição de vulnerabilidade do contratante, ainda que implique reconhecer a prevalência da tutela estatal em circunstâncias específicas.

2.2 Adimplemento à luz da boa-fé

Na contemporaneidade, o conceito de adimplemento não se restringe à mera satisfação da prestação principal, tampouco se vincula a uma concepção estática da obrigação; ao contrário, a sua definição está pautada em uma compreensão dinâmica da relação obrigacional, concebida como um processo que ultrapassa o cumprimento isolado do dever principal. Nesse sentido, o adimplemento deve ser interpretado de forma mais ampla, ao abarcar os diversos interesses legítimos das partes envolvidos na relação obrigacional, inclusive decorrentes de deveres acessórios, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Interessa notar que a noção de cumprimento tem suas origens no Direito Romano, segundo o qual o vínculo apenas cessava após a realização de um ato formal que o desatasse¹⁸¹, a *solutio* romana, considerada ato solene que liberava o devedor e extinguiu a obrigação. Em sua concepção originária, a *solutio* não representava o cumprimento em si, mas uma forma de extinção da obrigação, não necessariamente relacionada ao cumprimento espontâneo pelo devedor; apenas na sua concepção clássica, a *solutio* passou a corresponder ao cumprimento da obrigação.

Anderson Schreiber, ao focar-se no novo olhar dispensado ao adimplemento, identifica que este pode ser examinado sob três aspectos distintos: o primeiro de caráter temporal; o segundo, conceitual; e o terceiro, consequencial. Altera-se, assim, o momento em que se identifica o adimplemento, as condições para a sua

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, t. I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 79 *et seq.*

configuração e os efeitos dele decorrentes; o adimplemento não corresponde unicamente à entrega da prestação principal, dá espaço à construção da noção de prestação devida. O autor ressalta que em cada aspecto mencionado constata-se a presença de figuras e construções novas que se relacionam à boa-fé objetiva, como a noção de adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e responsabilidade pós-contratual¹⁸².

O adimplemento não deve ser analisado sob o viés tradicional da obrigação estática e do cumprimento pontual da prestação principal; este não é suficiente para dar a relação por finalizada, de maneira a não restar qualquer interesse a ser protegido ou direito a ser respeitado. Ao contrário, a concepção dinâmica de obrigação propõe uma análise funcional e mais ampla, que se atenta à realização dos interesses concretos envolvidos na relação, merecedores de tutela jurídica. Para haver o adimplemento da relação obrigacional, as partes devem agir conforme os pressupostos da boa-fé em todas as fases e dimensões do processo da obrigação, que deve ser observada no cumprimento dos deveres principais, secundários e dos deveres anexos – impor aos contratantes que ajam com correção, de maneira leal e diligente, como destaca Menezes Cordeiro:

É a luz da boa-fé que o comportamento devido deve ser delimitado; nessa base, sabemos que o cumprimento compreende não só a própria atividade retratada na prestação, mas ainda todos os comportamentos acessórios necessários à efetiva prossecução dos interesses do credor¹⁸³.

A boa-fé sempre está presente no campo do adimplemento como norma de conduta para guiar os comportamentos nas situações concretas; sua função alarga-se na seara do cumprimento contratual e desempenha quatro principais funções¹⁸⁴: (i) determinação da prestação principal, cuja configuração guia-se pela tutela da confiança e pela primazia da materialidade subjacente, ao desempenhar a mesma função com relação aos deveres secundários; (ii) fixação de deveres acessórios, pensados para a proteção das partes durante a relação obrigacional, como os deveres de segurança e de lealdade, que asseguram a consecução da prestação principal e

¹⁸² SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 32, p. 3-27, out./dez. 2007.

¹⁸³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 70.

¹⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 72.

das prestações secundárias; (iii) delimitação do esforço exigível ao devedor, que mesmo nas obrigações de resultado tem limitado o seu esforço em prol da vedação do abuso de direito e não se pode exigir do devedor esforços desproporcionais para atingir os resultados pactuados; (iv) integração da relação obrigacional, que é interpretada de forma cooperativa entre credor e devedor, na qual o credor também é chamado a colaborar ativamente para a realização do adimplemento.

A atuação orientada pela boa-fé não se limita à noção clássica de lealdade vinculada à figura idealizada do homem probo ou do bom pai de família; corresponde a um dever de natureza social, cujo conteúdo é variável e deve ser moldado segundo as particularidades da situação concreta. Trata-se de um agir pautado por lealdade, correção e lisura, conforme o padrão de conduta que se espera de modo razoável das partes na relação jurídica. Realiza-se o juízo de valor acerca da observância desse dever à luz do caso concreto; considera-se o comportamento que se pode exigir de forma legítima em face das circunstâncias e da confiança recíproca que se estabelece entre os sujeitos da relação obrigacional¹⁸⁵.

Ressalte-se, inicialmente, que há situações nas quais o grau de diligência que se exige da parte supera o padrão ordinário esperado dos indivíduos em geral. Trata-se dos casos em que o sujeito atua com competência técnica diferenciada, como profissional especializado em uma área, o que implica uma responsabilidade acrescida na condução da relação obrigacional.

Ao analisar os comportamentos compatíveis com a boa-fé objetiva, verifica-se que esse princípio impõe não apenas um dever negativo¹⁸⁶ – de se abster de violar as expectativas legítimas da outra parte depositada na relação – mas também um dever positivo, que se consubstancia na exigência de colaborar ativamente para a realização do resultado útil do contrato. A boa-fé, portanto, exige condutas que promovam o adimplemento e reforce o compromisso com a função social e a confiança mútua que sustentam o vínculo obrigacional.

A esse princípio se soma a ideia de correspondência, segundo a qual o cumprimento contratual deve reproduzir qualitativamente a conduta humana que se poderia esperar de forma legítima da parte compromissada, desde a formação do

¹⁸⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 37.

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 256-257.

vínculo. Quando há descompasso entre a conduta devida e o comportamento adotado de modo concreto, não se estará diante de um cumprimento pleno da obrigação. Nessas hipóteses, poder-se-á considerar a prestação defeituosa, o que autoriza, conforme o caso, o manejo de instrumentos de autotutela para compelir ao cumprimento exato da obrigação.

Percebe-se, assim, que a leitura funcional da obrigação, associada à incidência concreta da boa-fé objetiva, contribui para a ampliação do conceito de adimplemento. Essa ampliação, como se analisará adiante, também repercute na delimitação e na compreensão do inadimplemento, ambos situados em um contexto relacional e dinâmico de realização dos interesses contratuais.

2.2.1 Adimplemento substancial como limite à resolução do Contrato e os parâmetros utilizados pela jurisprudência brasileira

Em decorrência da ampliação do conceito de adimplemento pela incidência direta da boa-fé objetiva, surge a figura do adimplemento substancial, oriunda do instituto da *substancial performance* do Direito Anglo-saxônico, construção que visa a dosar a gravidade do inadimplemento antes de autorizar a resolução da relação obrigacional.

Dentre os diplomas legais que versam sobre a gravidade do inadimplemento, a Convenção de Viena, que dispõe sobre a compra e a venda internacional de mercadorias, recepcionada pelo Direito Brasileiro, por meio do Decreto nº. 8.327, de 16 de outubro de 2014, prevê, em seu art. 25, o que seria considerada a violação essencial do contrato, ao dispor que seria a violação produzida por uma das partes que “causa à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado”. Tendo em vista essa definição, nos arts. 49 e 64, da Convenção, que dispõem sobre as hipóteses de rescisão do Contrato, prevê-se que uma das partes poderá declarar o contrato rescindido se o descumprimento pela outra parte, de qualquer das obrigações previstas, constituir violação essencial do Contrato. Assim, resta claro que o inadimplemento contratual que não configure violação essencial do contrato deve ser tratado com remédios contratuais paliativos, de

maneira a sanar o vício, mas a manter, em um primeiro momento, a relação contratual estabelecida e priorizar a busca pelo adimplemento.

A partir de uma releitura do Direito das Obrigações sob a ótica da boa-fé objetiva, reconhece-se que o inadimplemento mínimo, ou seja, o que não compromete de forma relevante a utilidade esperada pelo credor, não pode ensejar a resolução do contrato por estar relacionado diretamente ao instituto do adimplemento substancial. Embora no Código Civil não esteja prevista a figura do adimplemento substancial de forma expressa, a partir da releitura do Direito das Obrigações e, conseqüentemente, do adimplemento, sob a perspectiva da boa-fé contratual, observa-se a relevância do instituto, que tem como finalidade coibir o exercício abusivo de direitos, cujo desdobramento alcança a vedação de utilização da resolução quando o incumprimento é insignificante em relação ao contrato total¹⁸⁷. Nesse caso, a parte pode exigir a complementação da prestação por meio de solução menos gravosa, de maneira a considerar que o adimplemento é expressivo ao ponto de estar inquestionavelmente mais próximo ao exato adimplemento do que ao inadimplemento.

O maior desafio está na construção pela doutrina e aplicação pela jurisprudência de parâmetros que viabilizem a identificação do adimplemento significativo sob o viés qualitativo, de maneira a considerar a utilidade do que foi prestado e não um determinado percentual de cumprimento que sirva como parâmetro para identificar a substancialidade do adimplemento.

No REsp nº. 1.581.505/SC¹⁸⁸, que discute a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, o Ministro Antônio Carlos Ferreira, relator do caso, em seu voto, declara que “[...] o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo”, o que indica a necessidade de envolver outros elementos de caráter não qualitativo para a apreciação da aplicação da Teoria no caso concreto.

Apesar de no caso em comento o Relator ter se pronunciado sobre a necessidade de investigação de caráter qualitativo do descumprimento, não apontou

¹⁸⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contrato por Incumprimento do Devedor (Resolução)**. São Paulo: Aide, 1991. p. 248.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª. Turma), Recurso Especial nº 1.581.505/SC, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, julg. 18 ago. 2016.

quais seriam esses elementos, e deixou de criar um precedente importante no STJ que pudesse servir de referência para casos que discutissem a mesma matéria¹⁸⁹.

Nos dizeres de Anderson Schreiber, “[...] o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para se saber se o cumprimento não-integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto”¹⁹⁰.

Aline Terra e Gisela Sampaio, na tentativa de demonstrar a insuficiência do critério quantitativo para analisar casos de adimplemento substancial, dão o seguinte exemplo:

Pense-se na venda de uma bicicleta que é entregue sem o pedal. Evidentemente, em termos percentuais, o pedal não deve representar sequer 5% das peças da bicicleta. No entanto, em termos qualitativos, o pedal revela-se fundamental para que a bicicleta desempenhe a função a que se destina, razão pela qual a sua não entrega configura inadimplemento absoluto, não já adimplemento substancial¹⁹¹.

O exemplo mencionado conduz à reflexão de que a análise do cumprimento da obrigação, quando limitada a critérios estritamente quantitativos – como percentuais, número de parcelas adimplidas ou qualquer outra métrica mensurável – frequentemente se revela falha e insuficiente. Tais parâmetros não capturam, de forma adequada, a complexidade qualitativa da obrigação, nem os interesses concretos envolvidos na relação obrigacional.

A principal justificativa para a existência da figura do adimplemento substancial reside na necessidade de se avaliar, à luz do caso concreto e ao considerar o resultado útil pretendido com a relação contratual, o grau efetivo de satisfação do credor em face da prestação recebida. Com base nessa aferição, ao constatar o adimplemento substancial, a resolução do contrato não se legitima, pois é

¹⁸⁹ Nesse mesmo sentido, menciona-se o julgado BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1.051.270/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 11 de nov. 2008, no qual foi aplicada a teoria do adimplemento substancial pelo fato de o réu ter pago o total de 31 das 36 prestações acordadas no contrato de arrendamento mercantil para a aquisição de veículo, sendo esse o único critério identificado como relevante pelo STJ para a aplicação da teoria, o que reforça a necessidade de estipulação de critérios que levem em consideração o resultado útil pretendido, aferindo-se também a presença de elementos qualitativos pelo julgador.

¹⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro. Padma, v. 32, p. 3-27, out./dez. 2007.

¹⁹¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 11, p. 102, jan./mar. 2017.

inquestionável que o grau de satisfação do credor é algo próximo à satisfação total da prestação devida. Assim, a Teoria do Adimplemento Substancial serve para controlar a legitimidade do uso dos instrumentos de tutela e autotutela manejados pelo credor, a partir de um juízo de proporcionalidade entre o sacrifício imposto ao devedor e o imposto pelo descumprimento causado¹⁹²; evita-se medidas extremas e desarrazoadas no caso de inadimplemento mínimo.

Ressalte-se que o adimplemento substancial não afasta a exigibilidade do adimplemento integral da obrigação, limita-se a obstar a sua extinção – providência extrema, sobretudo quando consideradas as circunstâncias concretas do caso. Nessas hipóteses, assiste ao credor o direito de buscar a tutela específica relativa à prestação remanescente ou, alternativamente, pleitear a devida reparação por perdas e danos.

2.3 Inadimplemento como patologia da relação obrigacional

Sabe-se que o adimplemento constitui o fim último com o vínculo obrigacional¹⁹³; é a razão pela qual os contratantes celebram o contrato, ao desejar que as obrigações ora previstas sejam cumpridas conforme convencionadas para alcançar uma finalidade comum pretendida com o acordo de vontades.

O inadimplemento, por sua vez, configura uma patologia da relação obrigacional; deve ser analisado à luz da gravidade da violação, que incide sobre as obrigações expressamente previstas ou esperadas dos contratantes, advindas do princípio da boa-fé objetiva. Tal inadimplemento pode ser absoluto ou seu efeito pode ser a mora, a depender se após o seu acontecimento a prestação tornar-se inútil ou conservar a utilidade esperada pelo credor, respectivamente, conforme previsto no parágrafo único, do art. 395, do Código Civil.

Dessa forma, configura-se o inadimplemento absoluto quando o descumprimento da obrigação torna a prestação inútil ao credor, de modo que a finalidade originalmente visada pelas partes não pode mais ser atingida. Nessa hipótese, o inadimplemento se revela insuscetível de correção; inexistente a possibilidade

¹⁹² TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 11, p. 104, jan./mar. 2017.

¹⁹³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 15.

de o credor receber validamente a prestação devida. A mora ocorre quando há o descumprimento contratual, mas a prestação ainda se apresenta útil ao credor, tendo espaço para ser sanada. O conceito de mora não tem cunho naturalista, mas normativo, por ser averiguado conforme os princípios e as regras previstas no ordenamento jurídico aplicável¹⁹⁴. Em linhas gerais, pode-se afirmar que o Código Civil considera que está em mora o agente que não cumpre a obrigação ou se recusa a recebê-la no tempo, lugar e forma convencionados ou determinados por lei. A mora corresponde a uma situação jurídica que, ainda que de forma provisória, qualifica o contratante como inadimplente¹⁹⁵.

Observa-se que a mora é situação temporária, enquanto o inadimplemento absoluto é marcado pela sua definitividade. Para a caracterização do inadimplemento absoluto, deve-se identificar a presença de dois elementos, quais sejam, a definitividade do não cumprimento e a consequente inutilidade da prestação ao credor¹⁹⁶.

A partir das características que diferenciam a mora do inadimplemento absoluto, nota-se que a recusa formal do devedor em cumprir o avençado não configura o inadimplemento absoluto. Há de se fazer a seguinte reflexão: a obrigação é infungível, tratando-se de fato pessoal, ou fungível? Nas palavras de Agostinho Alvim:

Se se trata de fato pessoal, obrigação dita infungível, a recusa do devedor equivale ao inadimplemento absoluto.

É o caso, por exemplo, do escritor que se nega a produzir o trabalho encomendado.

Mas, se a obrigação é fungível, podendo o credor mandar realizar o trabalho por outrem, neste caso o inadimplemento tem o caráter de mora¹⁹⁷.

Dessa forma, independentemente de a satisfação do credor ocorrer por meio do adimplemento da obrigação pelo devedor ou por outro meio, no caso de obrigações fungíveis, a exemplo da contratação substitutiva, prevista no art. 249, do Código Civil, importa que o credor obteve o que desejava, não se configurou, portanto, o

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, t. II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 324.

¹⁹⁵ GAZALLE, Gustavo Kratz. **O conceito de mora no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 26.

¹⁹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 91.

¹⁹⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 46.

inadimplemento absoluto, mas relativo, visto que, mesmo que a prestação seja realizada por terceiro, ela continua útil ao credor. Outra hipótese ocorre quando o devedor se recusa a cumprir a prestação e o credor opta por não seguir com a sua execução por terceiros, mas resolver o contrato e pleitear perdas e danos, o que é um direito legítimo. Fato é que a recusa do devedor não configura o inadimplemento absoluto, pois o credor mantém a faculdade de buscar alternativas menos gravosas para garantir o cumprimento da prestação acordada.

A impossibilidade do objeto não deve ser confundida com o conceito de utilidade da prestação, nem enseja o inadimplemento absoluto. São conceitos distintos. Embora a impossibilidade do objeto possa decorrer da culpa do devedor, o que configura inadimplemento absoluto, o conceito de impossibilidade é mais abrangente, não depende do elemento subjetivo da culpa. A impossibilidade pode ser causada por evento de força maior, por exemplo, o que exclui a responsabilidade do devedor. Nessa hipótese, o contrato é resolvido não em razão do inadimplemento, mas pela impossibilidade objetiva, tratada como um instituto autônomo.

O que se pretende examinar, a seguir, são os elementos que caracterizam o estado de mora e o inadimplemento absoluto.

2.3.1 Mora

No Código Civil, o instituto da mora está disciplinado no art. 394, classificada como uma forma de inadimplemento, especificamente o inadimplemento relativo. Sob o ponto de vista normativo, a mora é a não realização da prestação devida, enquanto devida e desde que conserve utilidade ao credor. Não é o mero retardamento da execução da prestação, mas a sua não realização no tempo, lugar e forma convencionados entre as partes ou especificados em lei.

A noção de mora, tal como delineada no Código Civil, tem caráter amplo e flexível¹⁹⁸, abrange todas as hipóteses em que há inadimplemento de qualquer interesse relacionado à prestação, desde que imputável ao devedor ou, nos casos de mora do credor, se este estiver em mora de receber. São requisitos para a configuração da mora que a dívida seja certa, líquida e exigível, conforme previsto no

¹⁹⁸ Conforme nota MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, t. II: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 108-116, 216-245.

art. 397, *caput*, do Código Civil, sendo que não se configura a mora do devedor quando a obrigação for genérica e ainda não concretizada, ou, no caso de obrigação alternativa, antes de realizada a escolha pela parte legitimada. Por meio desse artigo, nota-se que a mora, geralmente se constitui de pleno direito, sendo necessária a interpelação extrajudicial ou judicial apenas quando não há estipulação do termo para o cumprimento da obrigação, conforme previsto no art. 397, parágrafo único, do Código Civil. Neste último caso, a mora é *ex persona*.

Nos casos de responsabilidade subjetiva, a culpa apenas terá importância se constatada a sua ausência; afasta-se a responsabilidade do devedor, ou seja, diante do descumprimento contratual, seja de deveres principais, anexos ou secundários; presume-se que o devedor agiu com culpa, cabe-lhe demonstrar a ausência de culpa, se for o caso¹⁹⁹. Se a imputação for objetiva, bastará demonstrar a ausência de nexo de causalidade entre a conduta do devedor e o descumprimento da obrigação para afastar os efeitos jurídicos da mora. A culpa não é elemento essencial da mora, embora possa estar presente.

Araken de Assis²⁰⁰ menciona o caráter transformista da mora, que corresponderia à intenção do legislador com o parágrafo único do art. 395, do Código Civil, segundo o qual se a prestação, devido à mora, tornar-se inútil ao credor, este poderá enjeitá-la e exigir a satisfação das perdas e danos. O caráter transformista mencionado por referido autor seria a transformação do inadimplemento relativo para o inadimplemento absoluto e, conseqüentemente, a condução à extinção da obrigação, dada a definitividade do inadimplemento. Para tanto, deve-se analisar os elementos da situação concreta, uma vez que a identificação do interesse do credor não pode se limitar à análise objetiva da situação.

Como consequência da mora, surge a responsabilidade civil da parte infratora, representada pelo dever de indenizar pelos prejuízos que dela resultaram, conforme previsto no art. 395, *caput*, do Código Civil. O devedor não se libera do dever de prestar; deve cumprir a obrigação assumida contratualmente e, em adição, indenizar pelas perdas e danos oriundos do cumprimento em desconformidade com o pactuado.

¹⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências. In: **Direito Empresarial**. Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1. ed., 2ª. tir., 1995, p. 366.

²⁰⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110.

Ao considerar que a relação jurídica obrigacional se configura como uma interação entre situações jurídicas²⁰¹ – concepção que transcende a mera vinculação entre direitos e deveres – embora seja mais comum atribuir a mora ao devedor, o credor também pode se encontrar em posição de dever perante aquele. Nem todas as responsabilidades decorrentes do vínculo contratual recaem exclusivamente sobre o devedor. A mora do credor, em especial, manifesta-se quando este deixa de cumprir o dever de cooperação – decorrente do princípio da boa-fé objetiva, que permeia a relação obrigacional – e se omite sobre as condutas necessárias à viabilização do adimplemento da prestação devida.

No tocante aos efeitos da mora, há dois efeitos principais, correspondentes à responsabilidade pelos prejuízos causados e pelas obrigações acessórias previstas (juros, atualização dos valores e honorários do advogado) e, adicionalmente, o risco de o devedor responder pela impossibilidade da prestação, se se tratar de mora do devedor, conforme previsto no art. 399, do Código Civil.

Destaca-se que a resolução do contrato passa a ser possível caso a mora se transforme em inadimplemento definitivo, no qual o interesse útil da prestação não está mais presente. Enquanto subsistir o interesse do credor na execução do contrato, e estiver configurado o inadimplemento relativo, deve-se priorizar a adoção de mecanismos de autotutela menos gravosos, orientados à preservação do vínculo contratual, a exemplo da *exceptio non adimpleti contractus*, instituto abordado no terceiro capítulo deste trabalho.

2.3.2 Violação positiva do contrato e sua impertinência ao Direito Brasileiro

Há uma discussão na doutrina sobre a figura da violação positiva do contrato, se seria ou não abarcada pelo Direito Brasileiro; para tanto, importa entender a origem do instituto, bem como a sua funcionalidade.

Hermann Staub, jurista alemão, foi o responsável por elaborar em 1902 a teoria da violação positiva do contrato²⁰². A formulação da teoria da violação positiva do contrato decorreu da ausência, no Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetz Buch*

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁰² STAUB, Hermann. **Le violazioni positive del contratto**. Tradução: Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

(BGB), de dispositivos capazes de regular hipóteses de descumprimento contratual que não se enquadravam nas categorias tradicionais de mora ou inadimplemento absoluto. Tais situações diziam respeito ao cumprimento defeituoso da obrigação, especialmente no que se refere ao modo de sua execução. Embora Staub não definira as situações que comporiam esse terceiro tipo de inadimplemento, a doutrina alemã se encarregou de fazê-lo e subdividiu-as em cinco grupos, quais sejam: (a) mau cumprimento de deveres de prestação; (b) descumprimento de deveres laterais; (c) recusa antecipada do devedor a cumprir a obrigação; (d) descumprimento de obrigações negativas; e (e) não cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo.

A teoria desenvolvida por Staub, posteriormente aprimorada pela doutrina, possibilitou a ampliação dos fundamentos para a responsabilização da parte inadimplente, tendo sido amplamente acolhida e aplicada pela jurisprudência alemã.

Em janeiro de 2002, período de reforma do Código alemão, que alterou substancialmente o Direito das Obrigações, a hipótese de violação positiva do contrato passou a ser tratada diretamente pelo legislador, não havia mais necessidade de se recorrer à doutrina para essa construção²⁰³. O legislador alemão editou uma cláusula geral que contemplou de forma abrangente todas as situações de violação do contrato, seja pela execução insatisfatória ou pela violação de deveres laterais de conduta, conforme previsto no §324 do BGB, que dispõe sobre a possibilidade de resolução do contrato no caso de não cumprimento adequado da prestação pelo devedor²⁰⁴.

Assim como o Direito Alemão, o ordenamento jurídico português também adotou uma concepção mais restrita de mora, limitou-a às hipóteses de atraso no cumprimento da obrigação em sentido estrito. Ao comparar a previsão e a extensão do conceito de mora nas legislações de referidos Estados com a previsão do Código Civil brasileiro, Gustavo Kratz Gazalle destaca:

Esses sistemas não preveem como mora o cumprimento imperfeito da obrigação. Como consequência, se viram obrigados a inserir em seus conceitos o da violação positiva do contrato. Conceito doutrinário não

²⁰³ ZIMMERMANN, Reinhard. **Breach of contract and the remedies under the new German law of obligations**. Saggi, Conferenze e Seminari, Roma, n. 48, 2002, p. 18.

²⁰⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. **El nuevo derecho alemán de obligaciones**: un análisis desde la historia y el derecho comparado. Tradução de Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008, p. 77.

legislado e absolutamente estranho à tradição brasileira. Agora, com mais ênfase, também contrário aos preceitos do Código Civil de 2002²⁰⁵.

No Direito Brasileiro, por sua vez, a partir da concepção funcional da relação obrigacional complexa e, conseqüentemente, do alargamento do objeto da obrigação, que passou a identificar o adimplemento não mais com a satisfação pura da prestação principal, mas da prestação devida; observa-se que o dispositivo que versa sobre a mora no Código Civil abarca todas as hipóteses de cumprimento imperfeito da obrigação, que pode estar relacionado aos deveres principais, secundários ou anexos.

Ainda assim, alguns autores defendem uma concepção mais restrita de mora, a exemplo de Orlando Gomes, que define a mora como demora, impontualidade e atraso, que se restringe à violação do dever de adimplir no tempo pactuado, sendo as infrações do lugar e da forma de pagamento constituintes da violação positiva do contrato²⁰⁶.

Nesse sentido, apesar de conceber o instituto da mora de forma mais ampla do que Orlando Gomes, Judith Martins Costa defende a recepção pelo Direito Brasileiro do instituto da violação positiva do contrato. A jurista defende que a violação de deveres decorrentes da boa-fé não atrelados à prestação principal configuraria a violação positiva do contrato²⁰⁷.

A visão contemporânea da relação obrigacional mostra que o descumprimento de qualquer dever relacionado ao contrato, ainda que não se refira à obrigação principal, pode se remeter à hipótese positivada no ordenamento jurídico brasileiro. Seja a violação referente ao dever de prestar, aos deveres de conduta, ligados ou não à prestação principal, ou aos deveres secundários, fato é que a ofensa vai em sentido contrário à colaboração para o adimplemento devido e, conseqüentemente, ao resultado útil programado, conforme elucida Aline Terra:

Ora, se o adimplemento e inadimplemento se conectam lógica e funcionalmente, a alteração do conceito de adimplemento repercute no conceito de inadimplemento. Nessa esteira, o inadimplemento também deixa de pressupor, necessariamente, o descumprimento dos deveres principais de prestação; o descumprimento de quaisquer deveres impostos ao devedor, seja principal ou secundário de prestação, seja de conduta decorrente da boa-fé objetiva, impede a configuração do adimplemento, qualificando-se

²⁰⁵ GAZALLE, Gustavo Kratz. **O conceito de mora no Código Civil de 2002**. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 20028. p. 28.

²⁰⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 198.

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, t. II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 108-116, 216-245.

como mora ou inadimplemento absoluto conforme o recebimento da prestação seja, ou não, ainda possível e útil para o credor.²⁰⁸

Demonstra-se que não é possível reduzir os conceitos de mora e de inadimplemento absoluto, apenas a violação dos deveres principais do contrato; na relação obrigacional complexa todos os deveres inter-relacionam-se e convergem para a realização do fim contratual comum. Ainda que se admita a incorporação da figura da violação positiva do contrato no Direito Brasileiro, os efeitos oriundos de referida violação em nada difeririam daqueles já previsto para a mora e inadimplemento absoluto, eis que o regime de responsabilidade civil aplicável seria o previsto para a responsabilidade contratual, estabelecido no art. 389, do Código Civil.

Portanto, a recepção do instituto da violação positiva do contrato, que tem a sua lógica construída para sistemas jurídicos que adotam uma concepção reduzida de mora, revela-se inadequada ao ordenamento jurídico brasileiro, e não foi acolhida pela dogmática nacional do Direito das Obrigações.

2.3.3 Mora nas obrigações negativas

No entendimento tradicional referente às obrigações negativas apenas seria possível o inadimplemento absoluto nessa espécie de obrigação, dada a irrecuperabilidade da conduta ativa que viola o dever de não fazer²⁰⁹. Essa concepção é coerente quando aplicada a obrigações negativas específicas, cujo cumprimento se dá em um momento determinado, não se estende a relações continuadas que se prolongam ao longo do tempo; porém, para as obrigações negativas que exigem uma observância constante do não fazer, a aplicação do instituto da mora ganha espaço. Isso ocorre porque, para determinar a incidência da mora, o que se deve analisar não é a natureza da obrigação, mas a permanência do interesse do credor e a preservação do resultado útil da prestação devida. À luz da concepção da obrigação como um processo, é necessário examinar o comportamento das partes antes e após o

²⁰⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. A violação positiva do contrato é figura efetivamente útil no direito brasileiro? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito civil, constituição e unidade do sistema**: anais do congresso de direito civil constitucional – V congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 102.

²⁰⁹ Nesse sentido, ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 45/134, que apenas admite a configuração de inadimplemento absoluto em se tratando de obrigações negativas.

vencimento da obrigação, além de avaliar a existência de interesses que possam decorrer do inadimplemento tardio²¹⁰.

Caso os interesses envolvidos na relação obrigacional estejam conservados, abre-se espaço para a purga da mora, que pode se dar pela execução específica ou pelo manuseio dos instrumentos de autotutela, a exemplo do previsto no art. 251, do Código Civil, inserido no capítulo de obrigações de não fazer, ao dispor que o credor pode desfazer o ato praticado pelo devedor, cuja abstenção se obrigara, caso ele não o desfaça após exigência do credor. Trata-se de um instrumento de autotutela satisfativa ao interesse do credor, que abre espaço às contratações substitutivas, uma vez que o credor pode optar, de maneira unilateral e às suas custas, por desfazer o ato praticado pelo devedor e pleitear o ressarcimento das perdas e danos.

Assim como os demais instrumentos de autotutela, a operacionalização do art. 251, do Código Civil, pelo credor, não afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as garantias do devido processo legal, pois caso a medida apresente abuso de direito, pode ser levada, posteriormente, ao controle do Judiciário.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino aponta que:

A juridicidade da conduta do credor que com fundamento no art. 251, par. ún., exerce a autotutela, praticando atos de desfazimento do ato proibido, será aferida segundo uma ponderação dos interesses em conflito, tornando-o responsável quando se verificar a ocorrência de abuso, sempre que a satisfação do seu direito não prevalecer sobre o direito do devedor, à luz dos princípios constitucionais que regem o ordenamento²¹¹.

Dessa forma, o credor responde por eventual abuso de sua conduta caso assim constatado quando houver o desfazimento do ato que não deveria ter sido praticado pelo devedor, que deve guardar proporcionalidade com os interesses envolvidos.

2.3.4 Inadimplemento absoluto

Ao contrário do conceito da mora, que está definido no art. 389, do Código Civil, o conceito de inadimplemento absoluto não está previsto no referido diploma, que trata apenas de suas consequências. Sua configuração, portanto, é construída pela

²¹⁰ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 141.

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 524.

doutrina a partir da distinção em relação ao instituto da mora²¹²; caracteriza-se como a situação em que a prestação perde seu interesse útil para o credor, tornando-se inexecutável. O inadimplemento definitivo resulta, assim, de falha insuperável e irreversível imputável ao devedor²¹³.

O inadimplemento absoluto, que correspondente ao incumprimento definitivo da prestação devida, pode atingir a totalidade ou parte da prestação. Caso atinja a prestação em sua integralidade, resta configurado o inadimplemento total e caso a prestação seja divisível e o inadimplemento atinja apenas uma parcela do que deve ser adimplido, fala-se em inadimplemento parcial.

A consequência para ambas as subespécies do inadimplemento absoluto, contudo, é a mesma: a resolução do contrato por incumprimento e a apuração e a indenização a título de perdas e danos. Ainda que o incumprimento atinja apenas parte da prestação, certo é que o credor não é obrigado a aceitar o seu recebimento fracionado se dessa forma não se pactuou previamente, conforme disposto no art. 314, do Código Civil; nesses casos também pode ser aplicada a resolução.

Dessa forma, o incumprimento definitivo geralmente conduz à resolução do contrato, ainda que se trate de incumprimento parcial, podendo ser atingida a prestação principal ou mesmo caracterizada a violação de deveres anexos e prestações secundárias, desde que estejam presentes os elementos caracterizadores do incumprimento definitivo.

Um exemplo que se pode mencionar de violação de dever anexo e prestação secundária que dá ensejo ao incumprimento absoluto, extraído da obra de Judith Martins Costa²¹⁴, é o caso do transporte de cavalo de corrida às vésperas do Grande Prêmio, realizado sem a cautela necessária no transporte, por ser o animal transportado em veículo aberto, sem proteção contra as intempéries da natureza e sem a devida alimentação no trajeto. A consequência é que o animal chega ao seu destino exaurido e sem condições de competir o Grande Prêmio. Observa-se que o dever principal não deixou de ser cumprido, uma vez que o cavalo foi entregue em seu destino; contudo, o descumprimento de uma prestação secundária comprometeu

²¹² NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 20.

²¹³ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 221.

²¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 5, t. 2: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 108-116, 216-245.

a conclusão do transporte com êxito. Dessa forma, o adimplemento mostrou-se insatisfatório, uma vez que o inadimplemento verificado resultou em falha insuperável que caracterizou o inadimplemento absoluto.

No que se refere aos requisitos para a configuração do inadimplemento absoluto, o primeiro pressuposto consiste na identificação de que a obrigação é existente, válida e apta a produzir efeitos jurídicos. Conforme preceitua Giovanni Ettore Nanni²¹⁵, ainda que no regramento dispensado pelo Código Civil ao Direito das Obrigações não estejam presentes expressamente os elementos de sua existência, requisitos de validade e fatores de eficácia, emprega-se o disposto na Parte Geral no tocante ao negócio jurídico. Aplica-se ao Direito das Obrigações, especialmente no que se refere à prestação e à análise de sua validade, o disposto no art. 104, do Código Civil, que estabelece os elementos essenciais para a constituição do negócio jurídico. Da mesma forma, incide o regime das invalidades, previsto no art. 166 do mesmo diploma legal, o qual disciplina as hipóteses de nulidade absoluta do negócio jurídico.

Assim, para que a prestação seja considerada válida e apta a produzir efeitos jurídicos, é indispensável que se observe previamente a análise dos três planos do negócio jurídico: existência, validade e eficácia. Apenas superada essa verificação é que se pode avançar para o exame do inadimplemento eventual da prestação.

O segundo pressuposto para a caracterização do inadimplemento absoluto que se destaca é o da atualidade do tempo da prestação, dado que o aspecto temporal fixado para o cumprimento da prestação deve ser cumprido para que se chegue ao exato adimplemento. Caso o momento para o adimplemento da prestação não seja fixado expressamente pelas partes, subentende-se, nos termos do art. 331, do Código Civil, que ela é exigível de imediato; não pode o devedor, por si, postergar no tempo o cumprimento do que é devido sem incorrer em inexecução da obrigação.

A atualidade da dívida indica que a obrigação está vencida, sendo manifesto o inadimplemento; porém, a sua exigibilidade implica a possibilidade de seguir-se com a satisfação do crédito vencido, o que significa que não há qualquer óbice para executá-lo. A exigibilidade configura, assim, requisito autônomo, ao revelar que a

²¹⁵NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 58.

obrigação não está subordinada a termo, condição ou qualquer outra limitação que inviabilize sua cobrança, e pode, portanto, ser exigida pelo credor²¹⁶.

O terceiro pressuposto para a caracterização do inadimplemento absoluto é a definitividade da inexecução e a consequente inutilidade da prestação. Inicialmente, cumpre observar que o inadimplemento pressupõe a inobservância de requisitos de ordem subjetiva (quem deve cumprir), objetiva (o que e onde cumprir) e temporal (quando cumprir). A inobservância de ao menos um desses elementos caracteriza o descumprimento da obrigação, na medida em que esta não foi executada conforme as condições previamente ajustadas pelas partes. Entretanto, como o Código Civil não estabelece expressamente os critérios para a configuração do inadimplemento absoluto – limita-se a disciplinar os efeitos da mora – sua identificação decorre de construção doutrinária e de interpretação sistemática, especialmente com base no art. 395, parágrafo único. Nessa perspectiva, considera-se caracterizado o inadimplemento absoluto quando a prestação se tornou definitivamente inútil ao credor, presume-se, nesse caso, a perda de seu interesse na execução, o que dá ensejo a um inadimplemento irreversível²¹⁷.

No que se refere à característica da definitividade, observa-se que o inadimplemento absoluto acarreta, como consequência imediata, a impossibilidade de realização da prestação, confere-lhe, assim, um caráter definitivo. Nessa hipótese, a prestação não é mais suscetível de cumprimento, seja por meios voluntários ou coercitivos, o que evidencia a natureza definitiva e incontestável do inadimplemento.

A utilidade, por sua vez, leva em consideração o interesse do credor. Prestação útil é a que conserva em si a finalidade para a qual foi pactuada; consequentemente, é inútil a prestação que não está apta a atingir a finalidade almejada. Importa salientar que, embora a utilidade leve em conta a manutenção ou a perda do interesse do credor, deve ser aferida de forma objetiva, com base em elementos concretos que levem à conclusão pela perda da utilidade. Afasta-se, pois, a possibilidade de alegação arbitrária de inutilidade da prestação pelo credor sem o respectivo ônus de demonstrar objetivamente os pressupostos que lhe guiaram a tal conclusão. Cabe-lhe

²¹⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 73.

²¹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 92.

provar que a prestação se tornou inútil. Deve-se sempre analisar as circunstâncias concretas e se a perda do interesse do credor corresponde à realidade fática.

Destaca-se que, quando o interesse deve ser aferido objetivamente, não se exclui a análise de elementos subjetivos, no entanto, sua análise é realizada objetivamente. Inclusive, não apenas de elementos objetivos os pressupostos fáticos são compostos, na medida em que além de referidos elementos, que decorrem das disposições contratuais e da natureza da prestação, o elemento subjetivo centralizado na necessidade de o credor receber a prestação que atenda às suas expectativas na relação travada, deve ser igualmente considerado pelo operador do Direito. Assim, o operador do Direito deve levar em consideração a legítima expectativa do credor; para ser considerada legítima, deve estar em harmonia com os dispositivos contratuais.

O quarto e último pressuposto para a configuração do inadimplemento absoluto que será tratado é a imputabilidade ao devedor. Imputar significa atribuir algo a alguém. Para que o inadimplemento absoluto reste configurado, o ato ou a omissão que lhe deu causa deve, por meio do nexo de causalidade, ser atribuível de forma direta ao devedor.

Embora haja discussões doutrinárias com relação ao conceito de imputabilidade; a doutrina nacional defende que a culpa *lato sensu* é um de seus elementos. Contudo, entende-se que a identificação da imputabilidade implica a análise de sua causa, não cabe a aferição da presença ou a ausência da culpa do indivíduo que causou o dano. Acredita-se que não faz parte do conceito de imputabilidade o elemento subjetivo da culpa que, embora possa ser parte integrante da responsabilidade civil subjetiva, deve ser aferida no momento da responsabilização e não da imputabilidade.

Judith Martins Costa menciona que imputar é diferente de inculpar, é sendo equivalente a atribuir o dever e não a culpa²¹⁸. Não há, portanto, inadimplemento absoluto, por exemplo, quando se menciona a situação de casos de força maior e/ou conduta do credor.

²¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, t. II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 135.

2.3.5 Instituto do Inadimplemento Antecipado²¹⁹

Ao discorrer, no tópico anterior, sobre os pressupostos para a configuração do inadimplemento absoluto, mencionou-se, como segundo pressuposto, a atualidade do tempo da prestação, relacionou-se o aspecto temporal fixado para o cumprimento da prestação ao exato adimplemento, ou seja, quando fixado um termo para cumprimento de determinada obrigação, geralmente, apenas após ultrapassado o prazo estipulado, a obrigação estará vencida e poderá ser exigível²²⁰.

A conclusão do parágrafo anterior decorre do princípio da pontualidade, segundo o qual as obrigações sujeitas a termo devem ser cumpridas pontualmente. Apenas após a data fixada para o seu cumprimento poderá haver o inadimplemento e caberá ao credor tomar as medidas possíveis.

No art. 939, do Código Civil, está disposto que o credor deve demandar o devedor apenas após vencida a dívida; caso o faça antes do termo previsto, além de ficar sujeito a aguardar o tempo que faltava para o vencimento da dívida, deverá descontar quaisquer juros incidentes e pagar custas em dobro, salvo nos casos nos quais a lei o permita fazê-lo, ou seja, demandar antecipadamente o devedor.

Ao se analisar, no Código Civil, eventuais hipóteses que autorizam o credor a antecipar a exigência da obrigação, identifica-se o art. 333, que dispõe nos seguintes termos:

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes²²¹.

O dispositivo transcrito no parágrafo anterior apresenta de forma restrita as hipóteses em que o credor pode antecipar a cobrança, diante do risco iminente de comprometimento de seu direito ao recebimento da prestação, caso o prazo

²¹⁹ Do direito inglês: Anticipatory Breach of Contract.

²²⁰ VILLELA, João Baptista. Inadimplemento contratual antecipado. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 43, p. 104-106, 1977.

²²¹ BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 mai. 2025.

originalmente estipulado fosse respeitado. No entanto, fora dessas situações expressamente previstas, o Código Civil não contempla outras hipóteses em que, diante da configuração inequívoca de inadimplemento antecipado, o credor possa recorrer a mecanismos para assegurar a reparação a que faz jus.

Dessa forma, diante da ausência de previsão expressa no Código Civil acerca do inadimplemento antecipado, coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de desenvolver esse conceito, delinear suas hipóteses de incidência e os respectivos pressupostos de aplicação.

O inadimplemento antecipado, também denominado inadimplemento anterior à data estipulada para o cumprimento da obrigação, tem as suas origens e desenvolvimento inicial na doutrina do *Common Law*, cujo exemplo emblemático é o caso *Hochster vs. De La Tour*²²². No caso em questão, o autor da ação era um *courrier* que foi contratado em abril de 1852 para acompanhar o réu em um *tour* pela Europa, a partir do dia 1º de julho; contudo, em 11 de maio recebeu uma carta do empregador informando que os serviços não seriam mais necessários, motivo pelo qual o *courrier* não deveria mais prestar-lhe serviços no período avençado. O autor, inconformado com a atitude do empregador, recorreu aos tribunais ingleses, que consagraram o entendimento: quando uma das partes de forma clara emite sua vontade de não seguir com o contrato, ainda que antes do termo fixado, a outra parte pode dar por finda a relação pactuada e pleitear a indenização que lhe é cabível. O instituto recebeu a denominação de *Anticipatory Breach of Contract* ou *Anticipatory Non Performance*.

Conforme preceitua Judith Martins Costa²²³, o aprendizado da decisão foi que, ao se deparar com uma situação de manifestação incontestável de não cumprimento do acordado por uma das Partes, a outra poderá, de forma imediata e sem aguardar o termo avençado, pleitear as perdas e danos e executar a cláusula resolutiva expressa, se for o caso. Assim, o credor se libera e busca antecipadamente o ressarcimento devido decorrente do inadimplemento.

²²² O instituto do Inadimplemento Antecipado já era reconhecido pela doutrina e jurisprudência anglo-saxônica, contudo, o presente caso foi emblemático por representar o reconhecimento, pelos tribunais, do direito de a parte adimplente reagir à recusa do devedor por meio da interposição de uma ação com fundamento no incumprimento, conforme apontado por FARRAJOTA, Joana. *Anticipatory breach no direito português?* In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vítor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida**. Coimbra: Almedina, 2011, v. 2, p. 290.

²²³ MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 885, p. 30-48, jul. 2009.

2.3.5.1 Recepção pelo Direito Brasileiro e os requisitos do inadimplemento antecipado

No Direito Brasileiro, Serpa Lopes e Fortunato Azulay foram os primeiros a publicar pesquisas sobre a doutrina do Inadimplemento Antecipado (*Anticipatory Breach of Contract*) e suas possibilidades de aplicação no Direito pátrio. No entanto, a aceitação do instituto foi mais ampla quando se aprofundou os estudos sobre a boa-fé objetiva como fonte autônoma de direitos e obrigações, inclusive de deveres anexos, na década de 1990. A figura do inadimplemento antecipado adentrou na doutrina brasileira por meio da interpretação do princípio da boa-fé objetiva, com a qual era incompatível obstar o credor a tomar as medidas cabíveis se estivesse diante do inadimplemento configurado, ainda que antecipado.

Judith Martins Costa²²⁴ menciona três requisitos que, seriam imprescindíveis para a caracterização do incumprimento antecipado: (a) a violação do contrato deve ser grave, e pode enquadrar-se como uma justa causa à resolução; (b) deve haver plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento; e (c) o devedor deve agir culposamente, ao declarar que não cumprirá ou ao se omitir quanto à execução do contrato; o seu comportamento deve revelar a indisposição para a prática dos atos de execução.

Concorda-se parcialmente com a autora. Primeiramente, destaca-se que todos os pressupostos do inadimplemento absoluto devem estar presentes para a sua adequada caracterização, inclusive nas hipóteses de inadimplemento antecipado. Nesse sentido, é essencial que a violação contratual seja grave, eis que a invocação do inadimplemento antes do vencimento deve estar fundamentada na inexecução de obrigação relevante para a finalidade contratual pactuada entre as partes. O reconhecimento do inadimplemento antecipado, portanto, busca evitar prejuízos mais severos decorrentes da manutenção do vínculo²²⁵.

Quanto à exigência de certeza em relação ao não cumprimento da obrigação até o vencimento, é necessário fazer uma ressalva. Embora seja possível, a partir do comportamento do devedor, avaliar a sua conduta, a imputabilidade e a gravidade da

²²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 885, p. 30-48, jul. 2009.

²²⁵ Nos dizeres de João Baptista Villela: “Além disso, concedendo desde logo à parte prejudicada a faculdade de ter o contrato ex ante como inexecutado, a doutrina impede a acumulação das perdas e danos, tendo, portanto, um sentido redentor para o próprio contratante disposto à inadimplência.” (VILLELA, João Baptista. Inadimplemento contratual antecipado. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 43, p. 104-106, 1977).

situação, trabalha-se com um grau elevado de previsibilidade, e não com certeza plena. Não se pode afirmar com exatidão o curso futuro de uma conduta alheia; propõe-se substituir a exigência de certeza por um critério baseado em alto grau de probabilidade, avaliado conforme as circunstâncias concretas do caso.

2.3.5.2 Instituto do Inadimplemento Antecipado na Convenção das Nações Unidas para Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e nos Princípios do Unidroit

Ao contrário do que ocorreu no Código Civil, que não recepcionou expressamente o instituto do inadimplemento antecipado, a Convenção de Viena (CISG), promulgada por meio do Decreto nº. 8.327, de 2014, realizou a sua incorporação em seu texto legal, no art. 72, conforme transcrito a seguir:

Artigo 72

- (1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste.
- (2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.
- (3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.

A CISG disciplina as regras aplicáveis à compra e venda internacional de mercadorias. A partir da interpretação de seus dispositivos, é possível identificar duas hipóteses nas quais se admite a extinção antecipada do vínculo contratual: (a) a primeira ocorre quando há elementos concretos que indicam, de forma convincente, que o inadimplemento contratual é iminente, especialmente em razão da violação de obrigações essenciais assumidas entre as partes; e (b) a segunda hipótese se verifica quando a parte devedora declara expressamente que não cumprirá com a obrigação assumida, o que caracteriza repúdio à convenção contratual²²⁶. Tal declaração deve

²²⁶ Essas suas situações previstas na CISG que viabilizam a resolução do Contrato estão em consonância com a orientação mais atual, correspondente à situação de declaração do devedor pelo não cumprimento e a segunda, de verificação mais difícil, quando o devedor deixa de tomar as providências necessárias ao adimplemento, que resta comprometido, como apontado por ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JÚNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). **Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 323.

apresentar seriedade, definitividade e clareza, além de estar livre de vícios que comprometam sua validade, de modo a revelar, com elevado grau de certeza, a intenção inequívoca de não adimplir.

Salvo na situação na qual o devedor declara que não cumprirá o avençado, o credor deverá notificá-lo acerca da resolução antecipada do contrato; vale ressaltar, que a notificação opere de pleno direito e não tenha qualquer intuito de constituí-lo em mora por estar no campo do inadimplemento absoluto.

Os Princípios do *Unidroit*, por sua vez, também consistem em regras internacionais que têm como objetivo instituir normativas acerca de relações contratuais internacionais, promovem uniformidade e previsibilidade aos aplicadores do Direito, por harmonizar e consolidar as regras de direito privado incidentes em relações desta natureza. O instituto do *Anticipatory Breach of Contract* também é contemplado pelos princípios do *Unidroit*, em seu artigo 7.3.3., que preconiza que se antes mesmo à data da execução do contrato é identificado o inadimplemento essencial da parte devedora, ao credor caberá resolver o Contrato.

Evidencia-se, conforme previsto nos Princípios do *Unidroit*, que para a configuração do inadimplemento antes da data estipulada para o cumprimento da obrigação, é indispensável que o descumprimento seja qualificado como essencial. Essa exigência alinha-se ao disposto na CISG, segundo a qual a resolução antecipada do contrato somente se justifica quando a violação recai sobre obrigações fundamentais, cuja inexecução comprometa a finalidade do vínculo contratual.

2.3.5.3 Mitigação de danos pelo credor: dever ou faculdade em situação de inadimplemento antecipado?

Na esfera do inadimplemento absoluto, de uma forma geral, o efeito mais usual e imediato dele decorrente é o dever de reparação do prejuízo causado; ou seja, a obrigação original se converte no dever de indenizar a parte lesada, que recorre à esfera apropriada com o intuito de ser ressarcida das perdas e danos comprovadamente causados e não mais de ter adimplida a prestação que, nesse caso, não lhe é mais útil.

No contexto do inadimplemento antecipado, tanto os pressupostos para a sua configuração quanto os efeitos que dele decorrem costumam ser os mesmos: a resolução do contrato e a reparação por perdas e danos. Uma vez caracterizado o

inadimplemento antes do termo estipulado, o credor dispõe, em princípio, da prerrogativa de aguardar ou não o vencimento da obrigação. Por essa razão, a doutrina majoritária entende que a alegação do inadimplemento antecipado constitui uma faculdade do credor. É o que sustenta Joana Farrajota, ao afirmar que tal alegação configura uma faculdade destinada à extinção do vínculo contratual, e exige, para tanto, o mesmo grau de gravidade requerido para o *actual breach*²²⁷.

Diante disso, suscita-se a reflexão sobre se, em todos os casos, essa alegação consistiria apenas em uma faculdade; ou se, a depender das circunstâncias, especialmente à luz do dever de mitigação dos prejuízos, poderia assumir a natureza de um verdadeiro poder-dever do credor.

Entende-se que, como regra geral, o dever de mitigação das perdas deve ser analisado após o termo contratual, pois não seria razoável impor ao credor – parte lesada pela inexecução – o ônus de adotar medidas preventivas de forma prematura. Assim, não se trata, de forma ampla, de um dever-poder de alegar o inadimplemento antecipado, mas como defende a autora, em uma faculdade colocada à disposição do credor. Tal prerrogativa tem por finalidade atenuar os efeitos danosos da inadimplência e permitir ao credor a desvinculação de uma obrigação que, de forma evidente, não será mais cumprida.

Há situações que devem ser analisadas com cautela, principalmente ao considerar as circunstâncias estabelecidas. Ao tratar do tema, Joana Farrajota²²⁸, embora acredite que o manuseio do instituto do inadimplemento antecipado seja uma faculdade do credor, aponta casos nos quais resta evidente que o credor poderia ter evitado danos maiores diante da declaração expressa do devedor no sentido de não cumprir com o pactuado. A autora menciona o caso inglês emblemático *White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor (1962)*, em que autores da ação forneciam caixotes de lixo cujos custos eram suportados pela publicidade afixada neles. Os réus realizaram a contratação da afixação de publicidade em referidos caixotes pelo período de três anos; no mesmo dia os réus comunicaram aos autores informando-

²²⁷ FARRAJOTA, Joana. Anticipatory breach no direito português? In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vítor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida**. v. 2. Coimbra: Almedina, 2011, p. 300.

²²⁸ FARRAJOTA, Joana. Anticipatory breach no direito português? In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vítor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida**. v. 2. Coimbra: Almedina, 2011, p. 301.

lhes a perda de seu interesse no contrato. Ainda assim, os autores produziram e afixaram a publicidade nos caixotes para, apenas mais tarde, vir a reclamar uma indenização ao alegar o não cumprimento do contrato pelos réus. Observa-se que diante da recusa expressa dos réus em seguir com a contratação, os autores nada fizeram para minimizar danos decorrentes do incumprimento do contrato. Ao contrário, seguiram com as atividades, desconsideraram a situação fática do inadimplemento declarado, e pleitearam em juízo indenização pelos materiais produzidos.

A decisão para o presente caso, apesar de muito embora acirrada, não foi acertada, pois enquadrou-se na regra geral do instituto do inadimplemento antecipado como faculdade e, conseqüentemente, entendeu pela indenização integral dos autores. Os votos vencidos, contudo, defenderam, justamente, que nessa situação a mitigação dos danos deveria incidir. Posteriormente, dado o incômodo da decisão, a doutrina e jurisprudência, de certa maneira, tentaram corrigir referido entendimento com base no princípio da culpa do lesado, não devendo o credor ser indenizado pelos danos que provocou após o conhecimento do não cumprimento, pois deveria ter agido de maneira a minimizar esses prejuízos.

Ressalta-se que no direito norte-americano, a liberdade do credor para manter ou extinguir a relação contratual diante de um inadimplemento antecipado declarado de modo expresse declarado é mais restrita do que no direito inglês²²⁹. Nessas circunstâncias, impõe-se ao credor o dever de reconhecer e aceitar o inadimplemento antecipado manifestado pelo devedor, de adotar condutas que possam agravar mais a situação da parte inadimplente, caso insistisse na manutenção da obrigação.

Como regra geral, entende-se que a mitigação dos danos pelo credor diante de uma situação de inadimplemento antecipado constitui uma faculdade e não um dever jurídico, de modo a evitar a imposição de encargos adicionais à parte que já se encontra prejudicada pela frustração da prestação devida. No entanto, tal premissa não deve ser aplicada de forma rígida. Em hipóteses em que a inércia do credor possa gerar um ônus desproporcional ao devedor – prejuízo esse evitável por meio de conduta razoável – impõe-se ao credor, com fundamento no princípio da cooperação,

²²⁹ FARRAJOTA, Joana. Anticipatory breach no direito português? In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vítor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida**. v. 2. Coimbra: Almedina, 2011, p. 301.

o dever de adotar medidas aptas a mitigar as suas perdas, e evitar o agravamento dos efeitos do inadimplemento.

2.3.5.4 Previsão do inadimplemento antecipado em cláusula resolutiva expressa

É plenamente possível que, por manifestação livre e consciente das partes, o inadimplemento antecipado seja previsto como causa expressa de resolução contratual, por meio de sua inclusão em cláusula resolutiva expressa.

Nos termos do art. 474, do Código Civil, a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito, ao passo que a cláusula tácita exige a prévia interpelação judicial para sua eficácia. Assim, se prevista contratualmente como hipótese de resolução, a cláusula permite ao credor declarar extinto o vínculo obrigacional de forma imediata, independentemente de intervenção judicial, desde que configurados os pressupostos caracterizadores do inadimplemento antecipado.

Neste caso, a princípio, não há espaço para discutir a relevância do dever violado; a previsão de inadimplemento antecipado como hipótese de resolução contratual decorre da liberalidade das partes, sendo certo que ambas concordaram previamente com a cláusula resolutiva expressa. Presume-se, portanto, que o evento abrange obrigações essenciais, cuja violação acarreta a perda do resultado útil esperado da relação contratual estabelecida.

Conforme preceitua Cristiano Zanetti²³⁰, a parte lesada pelo inadimplemento antecipado pode operar a cláusula de forma imediata, sem necessidade de aguardar qualquer decurso de prazo para resolver o contrato, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao entender pela legalidade da resolução de contratos de compromisso de compra e venda por inadimplemento antecipado²³¹.

2.3.5.5 Vantagens no reconhecimento do instituto do Inadimplemento Antecipado

Conforme tratado neste capítulo, no Direito Brasileiro, o instituto do inadimplemento antecipado não foi expressamente recepcionado pela legislação

²³⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). **Arbitragem e comércio internacional**: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 325.

²³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº. 411.646-4/8-00, 3ª. Câmara de Direito Privado. Relator(a): Beretta da Silveira. Data de julgamento: 5 de set. 2006.

nacional, com exceção do Decreto nº. 8.327, de 2014, que incorporou as disposições da CISG relativas à aplicação do instituto para o comércio internacional de mercadorias. Apesar disso, o inadimplemento antecipado encontra respaldo tanto na doutrina majoritária quanto na jurisprudência.

Embora existam diversas fundamentações possíveis para sua recepção, o inadimplemento antecipado está em consonância com os entendimentos contemporâneos sobre o Direito das Obrigações que, ao longo do tempo, passou a ser visto não mais como um conceito estático e pontual, mas como um processo, regido pela boa-fé contratual, que impõe o dever de colaboração entre as partes.

Nesse contexto, reconhecer a figura do inadimplemento antecipado se torna essencial para promover decisões justas, proteger os interesses das partes envolvidas e mitigar prejuízos evitáveis. Além de seu reconhecimento atuar para evitar o prolongamento indevido de relações contratuais desprovidas de utilidade e promover a liberação das partes — como aponta João Baptista — ²³²; o inadimplemento antecipado, conforme destaca Cristiano de Sousa Zanetti, constitui medida que visa a mitigar os prejuízos decorrentes da frustração contratual²³³; o seu reconhecimento permite ao contratante inocente buscar alternativas para a satisfação de seus interesses e contribui para a redução do montante de eventual ressarcimento integral decorrente da inexecução contratual.

2.4 Ampliação dos meios de autotutela contratual

A partir dos temas expostos neste capítulo, observa-se que houve uma ampliação na concepção de inadimplemento e adimplemento contratuais, abrangendo diversos cenários, como o inadimplemento antecipado, o adimplemento substancial, o descumprimento de deveres laterais e a possibilidade de mora nas obrigações negativas, entre outros. Esse alargamento reflete as transformações ocorridas no Direito das Obrigações, com destaque para a expansão do objeto contratual e dos interesses merecedores de tutela no contexto da Pós-Modernidade. A análise do

²³² VILLELA, João Baptista. Inadimplemento contratual antecipado. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 43, p. 104-106, 1977.

²³³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). **Arbitragem e comércio internacional**: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 329.

processo obrigacional passa a contemplar não apenas os elementos objetivos, mas também os aspectos subjetivos envolvidos nas relações.

A expansão do objeto contratual e a dinamicidade das relações jurídicas torna essencial encontrar soluções eficazes e ágeis para resolver os conflitos decorrentes das obrigações complexas. Essas soluções devem ser não apenas capazes de proteger os interesses das partes, mas também proporcionar respostas dentro de um tempo razoável, alinhado às expectativas das partes envolvidas. Nesse contexto, ganham relevância os mecanismos de autotutela privada, que têm o potencial de se expandirem à medida que aumentam os interesses a serem protegidos e as patologias contratuais. Esses mecanismos configuram-se como instrumentos relevantes na busca pela tutela mais adequada do interesse lesado, conforme se examinará com maior profundidade no capítulo seguinte, dedicado à análise dos meios específicos de autotutela.

3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE AUTOTUTELA PRIVADA: TIPOLOGIA E APLICAÇÃO

Após delinear o contexto em que os instrumentos de autotutela produzem efeitos – ou seja, o cenário de inadimplemento contratual, inserido na concepção contemporânea da obrigação como um processo – passa-se à análise específica das modalidades de autotutela previstas no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque em suas funções conservativo-cautelar, resolutiva e satisfativa. Busca-se, nesse último capítulo, examinar o potencial de aplicação das figuras reconhecidas expressamente pelo sistema jurídico em contextos diversos, bem como investigar a possibilidade de ampliação dos mecanismos de autotutela; inicia-se em sua fundamentação na autonomia privada. Por fim, pretende-se averiguar as peculiaridades e os desafios que a autotutela enfrenta no contexto dos *smart contracts*, considerando as especificidades tecnológicas desses instrumentos e sua compatibilidade com os limites jurídicos estabelecidos.

3.1 Exceção do contrato não cumprido

Apesar de o Direito Romano ter formulado o conceito da *exceptio doli*, que desempenhava função similar à *exceptio non adimpleti contractus*, a sua aplicação não se restringia aos contratos bilaterais, campo de utilização da exceção do contrato não cumprido. Dessa forma, considera-se incerta a origem da *exceptio non adimpleti contractus* no Direito Romano²³⁴, mas se sabe que foi na jurisprudência francesa que

²³⁴ “*Origine de l’exceptio non adimpleti contractus*, En dépit de sa formulation latine, l’exceptio non adimpleti contractus n’a pas son origine dans les textes du droit romain. Celui-ci permettait au défendeur assigné en exécution d’opposer l’exception de dol au demandeur qui n’offrait pas d’accomplir sa propre prestation ; mais ce n’était qu’une application spéciale de l’exception de dol, dont le domaine, très large, n’était pas limité aux contrats synallagmatiques. L’exceptio non adimpleti contractus a été créée par les canonistes et les postglossateurs pour les contrats synallagmatiques. Les considérations d’ordre moral qui inspiraient les premiers justifiaient, à leurs yeux, en la matière, l’application du principe : *non servanti fidem non est fides servanda* (À celui qui ne garde pas la foi, foi n’est plus due)”. Nossa tradução: “Origem da *exceptio non adimpleti contractus*, Apesar de sua formulação latina, a *exceptio non adimpleti contractus* não tem origem nos textos do direito romano. Isso permitiu que o réu intimado para execução opusesse a exceção de fraude ao autor que não se ofereceu para prestar seu próprio serviço; mas esta foi apenas uma aplicação especial da exceção de fraude, da qual o domínio, muito amplo, não se limitava aos contratos sinalagmáticos. A *exceptio non adimpleti contractus* foi criada por canonistas e pós-glossadores para contratos sinalagmáticos. As considerações morais que inspiraram os primeiros justificavam, a seus olhos, nesta matéria, a aplicação do princípio: *non servanti fidem non*

o mecanismo da exceção do contrato não cumprido ganhou definição, a partir de disposições esparsas, por meio das quais foram delineadas as condições para a sua utilização e os seus principais efeitos²³⁵.

A exceção do contrato não cumprido encontra-se positivada no art. 476, do Código Civil brasileiro, e recebe tratamento similar em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. É o caso do §320 do BGB, no Direito Alemão; do art. 1.460, do *Codice Civile* italiano; do art. 428, do Código Civil português; e dos arts. 1.219 e 1.220, do *Code Civil* francês. Ressalta-se que no Direito Francês a doutrina reconhecia amplamente a existência e a aplicação do instituto antes de sua positivação expressa no *Code Civil*.

A essência do instituto da exceção do contrato não cumprido consiste na possibilidade, conferida a uma das partes de um contrato bilateral, de suspender o cumprimento de sua obrigação enquanto a outra parte não adimplir a prestação que lhe corresponde ou não oferecer o seu cumprimento de forma simultânea. Para tanto, é imprescindível que exista uma relação de corresponsabilidade entre a prestação inadimplida e aquela cuja execução se pretende suspender, bem como que a parte que invoca a exceção não esteja contratualmente obrigada a prestar em primeiro lugar.

Observa-se, portanto, que a *exceptio non adimpleti contractus* apresenta natureza eminentemente dilatória e não peremptória. Isso significa que o seu exercício não exonera, de forma definitiva, o excipiente do dever de cumprir a prestação que lhe compete, apenas suspende, de modo provisório, a exigibilidade da obrigação²³⁶. Tal suspensão permanece até que o excepto cumpra a prestação que lhe é devida

est fides servanda. (Aos que não guardam a fé, fé não é mais devido)". (TERRÉ, François et al. **Droit civil**: les obligations. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 823)

²³⁵“*En d’autres termes, l’exception d’inexécution est le droit qu’a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d’exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu’elle n’a pas reçu la prestation qui lui est due*”. Nossa tradução: “Em outras palavras, a exceção de inadimplemento é o direito que cada parte de um contrato sinalagmático tem de se recusar a prestar o serviço ao qual está vinculada até que tenha recebido o serviço que lhe é devido” (TERRÉ, François et al. **Droit civil**: les obligations. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 822 et seq.)”

²³⁶“*L’exception d’inexécution entraîne non la disparition des obligations, mais un simple ajournement de leur exécution. Elle ne détruit pas le contrat, mais en suspend l’exécution. Le contractant entend ainsi se garantir contre la situation très défavorable dans laquelle le placerait une exécution unilatérale de ses obligations et faire pression sur son partenaire pour l’amener à s’exécuter*.” Nossa tradução: “A exceção de incumprimento não implica o desaparecimento das obrigações, mas um simples adiamento de sua execução. Não destrói o contrato, mas suspende sua execução. O contratante pretende, assim, proteger-se da situação muito desfavorável em que o cumprimento unilateral das suas obrigações o colocaria e pressionar o seu parceiro para o obrigar a cumpri-las.” (TERRÉ, François et al. **Droit civil**: les obligations. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 822).

em primeiro lugar; ou, conforme o caso, ofereça o seu cumprimento de forma simultânea. Trata-se de um mecanismo que congela temporariamente a obrigação do excipiente, sem que essa suspensão configure mora ou inadimplemento por parte deste²³⁷.

Como exposto por Raquel Bellini, a *exceptio* é instrumento de autotutela com função conservativo-cautelar, destinada, *a priori*, à defesa do credor e, indiretamente, a compelir o devedor a adimplir a prestação devida, de maneira a consubstanciar um direito do credor a não cumprir naquele momento; muitas vezes é mais eficaz para o excipiente e menos danosa ao excepto, e age como melhor alternativa ante os demais remédios ao inadimplemento, como a resolução e a indenização²³⁸.

O remédio da *exceptio* pode ser utilizado em situações de inadimplemento absoluto e de mora, pois a função da *exceptio* é paralisar a ação do excepto, independentemente da natureza do inadimplemento, sendo oponível em situações de inadimplemento absoluto²³⁹, total ou parcial, e de mora²⁴⁰. No caso de se empregar a *exceptio* em situações de inadimplemento absoluto, sabe-se que ela desempenha a função preparatória à rescisão do contrato²⁴¹. Já no segundo caso, de mora, observa-se de forma mais evidente a função indireta da *exceptio*: para além da autodefesa do credor, ela busca compelir o devedor a adimplir sua obrigação e dar continuidade à relação contratual.

Embora não haja controvérsias relevantes quanto à natureza jurídica e ao conceito da *exceptio non adimpleti contractus*, a problemática atual se concentra na

²³⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/>. Data de acesso. 25 jan. 2025.

²³⁸ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas Relações Contratuais**. Processo: Rio de Janeiro, 2019. p. 165.

²³⁹ Parte da doutrina, no entanto, entende de forma diversa, acreditando que a *exceptio* não é aplicável a situações de inadimplemento absoluto. Nesse sentido, cita-se AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil** – v. VI Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. E-book. p. 783. ISBN 978-85-309-3891-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em: 26 jan. 2025. que diz que vencida a obrigação do autor e sendo caso de inadimplemento definitivo, descabe a aplicação da exceção, sendo possível apenas a resolução, posição esta com a qual discordamos.

²⁴⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de Exceções **Substanciais**: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

²⁴¹ Um exemplo dado por TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/>. Acesso em: 25 jan. 2025, é a situação na qual ainda que o credor não possa receber utilmente a prestação que foi inadimplida, conserva interesse em manter o vínculo contratual para, por exemplo, executar a prestação que lhe incumbe. A *exceptio* seria uma forma de coagir o devedor a entregar a quantia em dinheiro correspondente ao valor da prestação originalmente devida.

possível ampliação de seu uso, notadamente em hipóteses de descumprimento de deveres laterais do contrato, entre os quais se destaca a boa-fé objetiva, princípio fundamental do direito obrigacional, bem como na possibilidade de aplicação do instituto em contextos de coligação contratual. Tais questões serão examinadas nos tópicos seguintes. Para tanto, torna-se imprescindível, previamente, a análise dos pressupostos que legitimam o manejo da *exceptio*, especialmente a existência de inadimplemento²⁴² e a natureza bilateral do vínculo contratual.

O cenário de inadimplemento reflete as transformações experimentadas pelo Direito das Obrigações na contemporaneidade, que passa a considerar o inadimplemento não apenas como o não cumprimento da prestação principal, mas como o descumprimento da prestação devida, conforme analisado no segundo capítulo deste trabalho. A nova concepção do Direito das Obrigações visa a superar a visão estática da obrigação, reconhecê-la como um processo dinâmico²⁴³. Tal abordagem leva em consideração a complexidade das situações jurídicas, abrange múltiplos deveres que caracterizam a relação obrigacional, os quais se estendem para incluir deveres secundários e laterais de conduta. Logo, a violação do dever geral de boa-fé contratual configura inadimplemento, seja ele relativo ou absoluto, segundo a gravidade da infração e seu impacto no equilíbrio da relação obrigacional, bem como nos interesses do credor em relação ao resultado útil almejado.

Nesse contexto, o que se revela fundamental investigar no tocante às características essenciais à exceção do contrato não cumprido é a bilateralidade. Embora, com frequência, a bilateralidade seja associada à bilateralidade de obrigações ou prestações, no contexto da obrigação complexa, que abrange não apenas os deveres de prestação, mas também os deveres secundários e laterais, não se deve limitar a bilateralidade às prestações ou obrigações atribuídas a cada parte na relação obrigacional. Na teoria obrigacional renovada, é imprescindível realizar uma análise funcional da obrigação, vincular a bilateralidade contratual à noção de correspectividade entre as prestações, isto é, ao liame estabelecido entre a prestação

²⁴² Embora alguns autores defendam que a imputabilidade da inexecução não é um requisito para o manuseio da *exceptio*, importando apenas identificar que a obrigação não foi cumprida, a exemplo de SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 168 e SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 284, acredita-se que o manuseio da *exceptio* deve se restringir às situações de comprovado inadimplemento, aqui incluindo situações de responsabilidade subjetiva e objetiva, a depender do estipulado em lei.

²⁴³ COUTO SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

devida, que se suspende, e a prestação que não foi cumprida. Dessa forma, o descumprimento do dever a ser executado, inicialmente, impacta diretamente o resultado útil do contrato.

A correspectividade indica entre quais prestações ocorre o nexo de sinalagmaticidade, permite identificar os efeitos essenciais de cada tipo de contrato, seja ele típico ou atípico²⁴⁴. Nesse sentido, é necessário considerar a interdependência das obrigações assumidas pelas partes no contexto global do contrato, bem como a proporcionalidade da relevância substancial de cada prestação. Isso implica verificar se uma prestação depende logicamente da outra para que se preserve o equilíbrio contratual, e se garanta a equidade nas obrigações de ambas as partes.

No contexto de ampliação do objeto do contrato, bem como dos deveres a ele inerentes, amplia-se também a noção de sinalagma, que passa a considerar não apenas a interdependência entre prestações isoladas, mas entre polos prestacionais²⁴⁵ que sejam igualmente relevantes ao resultado útil do contrato. Assim, deve-se falar em sinalagma quando dois polos prestacionais mantiverem entre si uma correspectividade, no sentido de estarem diretamente vinculados à promoção da causa contratual específica²⁴⁶.

Além da verificação do inadimplemento por parte daquele que deveria cumprir sua obrigação em primeiro lugar e da natureza bilateral do contrato, é essencial identificar o vínculo de correspectividade entre as obrigações envolvidas, configurando o sinalagma contratual²⁴⁷. Somente na presença desse nexo funcional é que se legitima o exercício da *exceptio non adimpleti contractus* pela parte que opta por suspender o cumprimento de sua prestação. Nessa hipótese, a suspensão não se

²⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de, A causa dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 21. jan./mar. 2005.

²⁴⁵ Segundo SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959: “Na verdade, com a noção de boa-fé, o juiz está armado dos poderes suficientes para bem admitir a *exceptio non adimpleti contractus* em todos os casos de relações sinalagmáticas que justifiquem essa aplicação. As regras de boa-fé podem, mesmo, de acordo com as circunstâncias, afastar uma obrigação principal e admitir uma de caráter acessório”.

²⁴⁶ SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, ano 18, v. 78, jun. 2017. p. 43-83

²⁴⁷ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p 176: “Uma renovada concepção de correspectividade, portanto, leva em conta o nexo de interdependência, funcionalidade, sinalagmaticidade ou de causalidade não só entre as prestações principais (deveres de prestação primários), mas também entre todos os demais deveres necessários à consecução do resultado útil, autorizando, portanto, uma aplicação bem mais ampla das exceções de contrato não cumprido.

caracteriza como mora, mas como um direito legítimo de defesa contratual, fundamentado na interdependência das obrigações assumidas de modo recíproco.

Observa-se que a *exceptio* se aplica também às relações com a Administração Pública²⁴⁸, desde que o objeto do contrato firmado não seja referente à prestação de serviços públicos essenciais. Na Lei de Licitações (Lei nº. 14.133/22) está previsto, no art. 137, §3º, inciso II, a possibilidade de o particular optar pela suspensão de sua obrigação até a Administração Pública regularizar a situação de inadimplemento²⁴⁹.

A mesma lógica se aplica às relações de consumo que, apesar de regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, um diploma que não menciona expressamente a figura da *exceptio*, utilizam-se do disposto no art. 476, do Código Civil, para situações de inadimplemento, desde que preenchidos os requisitos necessários para a aplicação desse mecanismo de autotutela²⁵⁰. Ao considerar a maior proteção conferida às relações de consumo, seria incoerente excluir o uso da *exceptio* desse contexto.

Por fim, a boa-fé contratual atua como critério de controle da proporcionalidade na conduta do credor diante do inadimplemento a que pretende reagir²⁵¹. Caso a

²⁴⁸ A título de exemplo de aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* em contratos firmados entre o particular com a Administração Pública, menciona-se BRASIL. STJ. REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, por meio do qual se entendeu que “4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público. 5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito.”. Dessa forma, observa-se se plenamente possível o manuseio do instituto contra a própria Administração Pública em caso de inadimplemento.

²⁴⁹ Essas situações seriam as previstas no art. 137, §2º, II, III e IV, desta mesma Lei, quais sejam: “I - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses; III – repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;”

²⁵⁰ Como exemplo, menciona-se BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação Cível: 10000672220228260601 Socorro, Relator.: Tania Ahualli, Data de Julgamento: 17/06/2024, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17 de jun. de 2024, conforme ementa: “Apelação – Ação monitória fundada em cheque – Tendo o título de crédito perdido sua força executiva e o credor optado pela ação monitória, é possível a discussão causal em sede de embargos monitórios, nos termos do Art. 702, § 1º do CPC – Ré que justificou a sustação dos cheques na exceção do contrato não cumprido, visto que a autora não forneceu o produto e os serviços contratados (instalação de piscina) a contento - Existência de prova mínima de que houve defeito na piscina, não tendo a autora demonstrado que cumpriu suas obrigações contratuais, não podendo cobrar a obrigação da ré se não cumpriu com seus deveres – Sentença de improcedência mantida - Apelação improvida”

²⁵¹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 847, informa que a boa-fé tem dois papéis importantes, quais sejam, de formar o sinalagma e o de, caso

prestação cuja execução seja suspensa se revele materialmente desproporcional em relação à obrigação inadimplida, configurar-se-á abuso de direito por parte do credor. Nessa hipótese, este poderá ser responsabilizado não apenas pela mora, mas também pelos prejuízos dela decorrentes, eis que, em tais circunstâncias, o efeito dilatório característico da *exceptio non adimpleti contractus* não se legitima nem produz os seus efeitos jurídicos típicos.

3.1.1 Exceção do contrato não cumprido em casos de violação da boa-fé objetiva

A oposição da *exceptio non adimpleti contractus* não se limita às prestações principais no contexto da obrigação complexa e da ampliação contemporânea do sinalagma contratual. Esse remédio pode, igualmente, incidir sobre deveres laterais de conduta, desde que esses deveres revelem uma relação de corresponsabilidade funcional com outras obrigações contratuais atribuídas à parte que se vale da exceção. Nesses casos, a violação dos deveres anexos pode justificar a suspensão do cumprimento da obrigação correlata, desde que atendidos os pressupostos da boa-fé e da proporcionalidade.

Conforme exposto por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o contrato deve ser examinado em sua totalidade, sendo visto como um processo dinâmico, pondera-se sempre os interesses das partes envolvidas e a relevância das prestações principais, acessórias e deveres laterais na economia do contrato para, apenas após essa ponderação, definir-se as obrigações cujo descumprimento dá margem à utilização da *exceptio*²⁵². O autor apresenta como exemplo da aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* em caso de violação de dever lateral decorrente da boa-fé a seguinte hipótese: se o vendedor deixa de cumprir seu dever de informação, que se origina diretamente do princípio da boa-fé objetiva, ao não esclarecer ao comprador que o bem somente estaria disponível para entrega em prazo determinado ou condicionado ao atendimento de exigência administrativa prevista ou conhecida pelo alienante, eventual execução promovida contra o comprador que vise à cobrança do preço poderá ser combatida de forma legítima mediante o uso da *exceptio*. Nessa situação,

detectado abuso, exigir que a exceção do contrato não cumprido seja movida apenas por perturbações sinalagmáticas que sejam materiais e não formais.

²⁵² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 738, E-book. ISBN 978-85-309-3891-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em: 26 jan. 2025.

a exigibilidade da contraprestação, o pagamento, fica suspenso, pois a omissão do vendedor compromete o equilíbrio contratual e a confiança legítima do adquirente.

O art. 422, do Código Civil, dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, e indica expressamente que a boa-fé contratual é um dever a ser observado em todo contrato. Assim, o descumprimento de deveres decorrentes da boa-fé objetiva pode legitimar o exercício da *exceptio non adimpleti contractus*²⁵³, desde que tais deveres mantenham relação direta e imediata com o resultado útil do contrato e apresentem correspectividade funcional com a obrigação cuja execução se pretende suspender. Nesses casos, a violação de deveres laterais compromete o equilíbrio sinalagmático do contrato e justifica a suspensão da prestação pelo outro contratante até que a parte inadimplente regularize a sua conduta; portanto, a relação de correspectividade entre a violação do dever de boa-fé e a prestação suspensa deve sempre ser aferida no caso concreto. Constatados o inadimplemento e a correspectividade entre as prestações, a *exceptio* é cabível.

Conforme aponta Rogério Donnini, os deveres acessórios decorrentes da boa-fé objetiva podem ser classificados em três categorias: deveres de proteção, de esclarecimento (ou informação) e de lealdade. Os deveres de proteção, em regra, relacionam-se ao período pré-contratual; os deveres de esclarecimento impõem às partes a obrigação mútua de fornecer informações relevantes sobre o contrato, inclusive quanto aos efeitos de sua execução e aos riscos envolvidos; e os deveres de lealdade correspondem à exigência de comportamento ético, probo e coerente com a finalidade do negócio jurídico celebrado, e exige das partes atuação conforme a confiança legítima e os fins econômicos do contrato²⁵⁴.

Tecida essa classificação, entende-se que ao estar na seara da execução do contrato, a violação à boa-fé objetiva que pode legitimar o manejo desse remédio contratual se manifesta, em regra, por meio do descumprimento de deveres de

²⁵³ Nesse sentido, DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84, dispõe que diante da violação positiva do contrato, aquele que suportou danos tem como uma das possibilidades não cumprir com a sua obrigação se não a cumpre a outra parte. Embora se acredite que o instituto da violação positiva do contrato não faça sentido ao direito brasileiro, pelas razões expostas no segundo capítulo deste trabalho, concorda-se com o autor quando inclui dentre as possibilidades de ação do credor lesado a suspensão da obrigação que lhe cabe, invocando o mecanismo da exceção do contrato não cumprido.

²⁵⁴ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87.

esclarecimento ou de lealdade. Tais deveres, quando não observados, comprometem a confiança legítima entre as partes e afetam diretamente o equilíbrio sinalagmático da relação obrigacional.

3.1.2 Exceção do contrato não cumprido nas coligações contratuais

Como consequência da releitura contemporânea do Direito das Obrigações, verifica-se uma ampliação da noção de sinalagma, que passa a abarcar não apenas a correspectividade entre as prestações principais, mas entre todas as prestações devidas no âmbito contratual. O movimento de expansão da concepção de sinalagma extrapola os limites da relação contratual individual, e alcança contratos distintos desde que integrados em uma mesma coligação contratual.

Contratos coligados são aqueles que, por força da lei, da natureza acessória de um deles ou mesmo do conteúdo do contrato, podem prever a coligação de forma expressa ou implícita, nesse último caso é resultante da interpretação da vontade das partes, estabelecem entre si uma relação de dependência, seja essa dependência unilateral ou recíproca²⁵⁵.

Dessa forma, para que se caracterize o fenômeno da coligação contratual devem estar presentes as seguintes características: (i) pluralidade de contratos, mesmo que não sejam celebrados pelas mesmas partes; e (ii) vínculo de dependência entre esses contratos, estabelecido de maneira unilateral ou recíproca.

Há conexão *ex lege* quando o vínculo da conexão contratual decorre de disposição legal. Quando a conexão resulta da natureza acessória que um contrato desempenha com relação a outro, trata-se de conexão natural²⁵⁶. Caso a coligação se estabeleça por meio da previsão de uma cláusula contratual nesse sentido, refere-se à coligação voluntária, ainda que a cláusula seja implícita, ou seja, decorra da interpretação da vontade das partes ao estruturarem o diálogo e a interdependência entre contratos; portanto, a coligação voluntária pode decorrer de conteúdo contratual expresso ou conteúdo contratual implícito.

²⁵⁵ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

²⁵⁶ Como exemplo de conexão natural, MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 106, menciona a união entre contrato-base e subcontrato; entre contrato principal e contrato de garantia típico, como o contrato de fiança, seguro-fiança, contratos de hipoteca, penhor e anticrese; e entre contrato preliminar e definitivo.

Independentemente do tipo de conexão contratual estabelecida, é imprescindível que haja autonomia estrutural entre contratos, o que significa que cada contrato apresenta sua própria forma e conteúdo. Isso ocorre mesmo quando todos os contratos integrantes de uma coligação compartilham um mesmo fim contratual, isto é, o efeito prático desejado pelas partes ao celebrar contratos conectados por meio de um nexo funcional comum, que os direciona para a concretização de um resultado econômico-social específico.

É importante destacar que, embora cada contrato preserve efeitos jurídicos em conformidade com sua finalidade específica e desempenhe uma função própria no contexto da conexão, o fim contratual almejado pela coligação contratual transcende a mera soma das finalidades individuais de cada contrato isolado e produz consequências jurídicas autônomas e próprias.

No que se refere à interpretação das coligações contratuais, observa-se que, na coligação *ex lege*, as cláusulas contratuais subordinam os seus efeitos ao que dispõe a legislação aplicável, como ocorre, por exemplo, nos contratos de adesão e nas relações de consumo. Nesse tipo de coligação, o espaço interpretativo é mais restrito, embora seja possível considerar preceitos contratuais complementares à lei, desde que não a contrariem. Na coligação natural, por sua vez, o papel do intérprete consiste em verificar se os contratos acessórios desempenham efetivamente as suas funções típicas, entre as quais se destaca o acompanhamento do contrato principal.

No âmbito da coligação voluntária que se observa maior liberdade das partes para estruturar os efeitos desejados por meio das cláusulas contratuais, o que demanda uma atuação interpretativa mais profunda. Conforme dispõe o art. 112, do Código Civil, "nas declarações de vontade atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Assim, quando a interdependência entre os contratos que compõem a coligação não estiver expressamente prevista, deve-se privilegiar a intenção das partes, extraída do contexto contratual delineado.

Tendo em vista a relação funcional que se estabelece entre os contratos integrantes de uma mesma coligação, os quais têm sentido, abrangência e funcionalidade definidos em função de disposições constantes em outro contrato coligado, admite-se a possibilidade de exercício da *exceptio non adimpleti contractus* no âmbito da coligação contratual.

Importa observar que o inadimplemento de um contrato inserido em um contexto de conexão contratual, por si não autoriza a oposição da exceção do contrato não cumprido em relação à obrigação descumprida, pois a coligação contratual não é suficiente para legitimar o uso de referido mecanismo de autotutela. Além da conexão entre os contratos, é necessário que haja a interdependência entre a prestação que é devida por uma parte em um contrato e a prestação devida pela contraparte em outro contrato²⁵⁷. Impõe-se que haja uma relação de interdependência entre as prestações, de correspectividade, ainda que previstas em contratos distintos.

Dessa forma, além da configuração do inadimplemento contratual, deve-se conseguir identificar um vínculo substancial entre a prestação descumprida e aquela cuja execução pretende-se suspender. Segundo Aline Terra e Giovanni Nanni, o elemento que caracteriza essa interdependência, isto é, a conexão contratual, é a causa do contrato, que permite visualizar a função prática que as partes atribuem ao seu acordo, e revela a finalidade que as partes buscam alcançar com o pacto firmado, ou seja, sua essência, razão de ser ²⁵⁸.

Ainda que nas coligações contratuais seja comum a pluralidade de objetos, vínculos e sujeitos, deve-se ter em mente que esses não são elementos caracterizadores das coligações contratuais, uma vez que se pode estar diante de contratos complexos, porém unitários²⁵⁹. Para que a alegação da *exceptio* seja legítima e cumpra a sua função precípua, deve-se analisar se há, de forma clara, a dependência entre os contratos, de maneira que um não sobreviva sem o outro, pois, caso contrário, poderá abrir-se espaço para o uso abusivo desse mecanismo e desvirtuar a sua finalidade.

Dessa forma, procura-se demonstrar que, diante do dinamismo das relações intersubjetivas e, por conseguinte, das relações negociais e contratuais estabelecidas entre as partes, o fenômeno da coligação contratual se revela uma realidade crescente que demanda atenção especial. Esse fenômeno ultrapassa os limites do contrato considerado isoladamente e exige um esforço interpretativo que exceda a

²⁵⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/> Data de acesso. 25 jan. 2025.

²⁵⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021, p. 20, Disponível em: <http://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/> Data de acesso. 25 jan. 2025.

²⁵⁹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115 *et seq.*

análise da relação contratual individual, alcançando o conjunto de vínculos e o contexto negocial que os envolve.

Trata-se, portanto, de um campo fértil para o exercício da *exceptio non adimpleti contractus*, desde que estejam presentes os elementos caracterizadores da coligação contratual, os quais se somam aos requisitos próprios que legitimam o uso da *exceptio*. Essa lógica pode ser aplicada a outros mecanismos jurídicos utilizados nesse contexto, como, por exemplo, a cláusula resolutiva expressa, desde que presentes os pressupostos legais e contratuais que autorizem a sua invocação – notadamente, quando a situação evidenciar a perda de interesse na conservação do vínculo e a opção das partes se inclinarem pela resolução do contrato, em vez da busca pelo adimplemento forçado.

3.1.3 Exceção de Insegurança: conceito, fundamentos e distinção em relação à exceção do contrato não cumprido

A exceção de insegurança, também denominada de exceção de insegurança, é uma espécie das exceções substanciais, ou seja, de direito material. Conceitua-se como um contradireito, isto é, um mecanismo jurídico de defesa, judicial ou extrajudicial, de que dispõe a parte demandada para paralisar, de forma temporária ou, em casos específicos, definitiva, os efeitos da pretensão a que se contrapõe ²⁶⁰.

Embora a origem da exceção de insegurança remonte ao Direito Romano, foi apenas no século XVIII que o instituto passou a delinear seus contornos característicos, ao adquirir configuração mais precisa como instrumento de tutela contratual diante de riscos de inadimplemento. No Direito Brasileiro, a previsão de uma tutela suspensiva aplicável, de forma geral, aos contratos bilaterais diante de risco qualificado de inadimplemento teve origem no Código Civil de 1916, que, neste aspecto, foi objeto de influência do BGB²⁶¹, a primeira codificação moderna a conferir

²⁶⁰ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira. **Exceção de insegurança no Direito Brasileiro**. São Paulo, Almedina: 2022. p. 75.

²⁶¹ No §321 de sua redação original, o BGB determina que, no âmbito do contrato bilateral, o contratante obrigado a prestar em primeiro lugar poderia recusar a efetuar sua prestação se constatada a deterioração das condições patrimoniais da contraparte após a conclusão do contrato que coloque em risco a realização da contraprestação. O dispositivo deixa claro que o motivo que justifica a utilização da exceção de insegurança deve ser posterior à celebração do contrato. Caso a situação constatada seja prévia ao momento de formalização do contrato e ignorada sem culpa pelo contratante, este deveria buscar a tutela mediante a anulação do contrato conforme previsto no §119, do BGB. Contudo, na reforma do Direito das Obrigações ocorrida em 2002, houve reformulação do dispositivo, permitindo

a esse tipo de proteção um caráter geral e abstrato, desvinculado de tipos contratuais específicos.

Antes disso, a exceção de insegurança se encontrava disciplinada apenas em certos tipos contratuais específicos, como no contrato de compra e venda regulado pelo art. 198, do Código Comercial, sem que houvesse possibilidade de extensão do instituto a outras modalidades contratuais. Para além da experiência normativa brasileira, observa-se que as grandes codificações do século XX vinculadas à tradição do *civil law*, como os códigos civis italiano, francês e alemão, também passaram a incorporar expressamente a exceção de insegurança em seus ordenamentos, e consolidou o instituto como mecanismo importante de equilíbrio nas relações contratuais sinalagmáticas.

Ainda que as figuras de exceção previstas nos arts. 476 e 477, do Código Civil, correspondam a exceções substanciais, manejadas com base em um direito material constituído, a exceção de insegurança não demanda um cenário de inadimplemento para ser utilizada, ao contrário da exceção do contrato não cumprido.

Na exceção de insegurança o agravamento do cenário de risco de inadimplemento, em contrato bilateral que tem a previsão de prestações sucessivas, é suficiente para que seja legítimo o uso de referido instrumento de defesa, dado que o desequilíbrio fundamenta a exceção de insegurança; ou seja, o agravamento extraordinário do risco de descumprimento relacionado à prestação que é devida ao excipiente é motivo justificador para que seu uso seja possível.

O risco que justifica a utilização da exceção de insegurança não é, contudo, indeterminado. No art. 477, do Código Civil²⁶², está previsto que o risco deve corresponder à diminuição do patrimônio de uma das partes capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação que é devida. Apenas nessa situação poderá a outra parte se recusar a cumprir a prestação que lhe incumbe até que a parte que se encontra em situação de risco satisfaça o que lhe compete ou preste garantia o suficiente para satisfazê-la. Observa-se que a exceção de insegurança não tem como objetivo evitar completamente o risco de descumprimento contratual, mas oferecer a

que o remédio seja movido em situações de diminuição patrimonial anterior à celebração do contrato, desde que o momento de sua percepção pela outra parte se dê em momento posterior.

²⁶² Art. 477, Código Civil, dispõe que: “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

possibilidade de autotutela ante a situação de risco excessivo de descumprimento causado pela deterioração patrimonial comprovada da outra parte, que deve ser aferida de maneira objetiva.

Embora o Código Civil atual não explicita, na disciplina da exceção de insegurança, que ela somente pode ser invocada pela parte que deve prestar em primeiro lugar, diferentemente do Código Civil de 1916, que no art. 1.092 fazia essa especificação, há que se observar que, para o instituto da exceção de insegurança atingir o seu propósito, ele deve ser manejado pelo contratante incumbido de cumprir sua obrigação em primeiro lugar. Se a exceção de insegurança configura-se como um contradireito com efeito dilatatório e paralisante da pretensão do excepto, tendo como fundamento o risco de inadimplemento considerado objetivamente, caso se permitisse que o mecanismo fosse utilizado pela parte que deve prestar posteriormente, o instrumento perderia seus traços característicos e efeitos típicos²⁶³, aproximar-se-ia indevidamente do instituto da exceção do contrato não cumprido, com o qual não se confunde, uma vez que apresenta pressupostos e finalidade que a distinguem claramente deste instituto.

Nota-se que, além da função conservativo-cautelar, o instituto da exceção de insegurança tem duas funções principais, quais sejam: função de garantia indireta, evita-se que o excipiente tenha prejuízo patrimonial que ocorreria caso tivesse adimplido com seu dever sem a devida contraprestação; e a função coercitiva indireta, para ter a contraprestação devida, o excepto tem apenas duas opções, adiantar sua prestação ou prestar garantia suficiente para restaurar a confiança do adimplemento²⁶⁴. Após realizada a prestação que cabe ao excepto ou apresentada a garantia, a finalidade da exceção de insegurança é atingida, tendo em vista que o desequilíbrio que a ensejou foi cessado.

²⁶³ O julgado do TJ de Mato Grosso, 1ª Câmara Cível, AC 11878/2016, Rel. Des. João Ferreira Filho, v.u. d.j. 19-07-2016 ilustra situação de uso legítimo da exceção de insegurança, conservando sua fundamentação e efeitos típicos. Trata-se da oposição da exceção de insegurança por vendedor, que deveria entregar as sacas de soja em primeiro lugar, porém não o fez quando tomou conhecimento da citação do comprador em várias execuções baseadas em confissões de dívidas em razão de produtos recebidos dos vendedores e não pagos, além de ter sido identificado pedido de decretação de falência distribuído contra ele. O vendedor notificou extrajudicialmente o comprador para que ele adiantasse o pagamento ou prestasse garantia. O comprador contranotificou o devedor informando que as razões apresentadas estavam desprovidas de fundamento, não se dispondo a tomar nenhuma das duas medidas possíveis. O vendedor moveu ação resolutória contra o comprador, sendo que em primeiro e segundo grau o Poder Judiciário reconheceu como legítimo o uso da exceção de insegurança, entendendo pela procedência da ação proposta pelo vendedor.

²⁶⁴ BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira. **Exceção de insegurança no Direito Brasileiro**. São Paulo, Almedina: 2022. p. 167.

Portanto, embora o instituto da exceção de insegurança esteja disciplinado no Código Civil sob a seção intitulada *Da Exceção de Contrato não Cumprido*, o que pode dificultar, do ponto de vista sistemático, uma distinção intuitiva entre as duas figuras, trata-se de mecanismo de autotutela dotado de pressupostos próprios e aplicável a situações distintas daquelas que justificam a utilização da exceção do contrato não cumprido. Por essa razão, a exceção de insegurança deve ser compreendida como instrumento autônomo, e não como uma subespécie da exceção do contrato não cumprido, e tem, portanto, regime jurídico e funcionalidade próprios, que justificam a sua autonomia operacional no âmbito das relações contratuais bilaterais.

Ressalta-se que a finalidade primordial da exceção de insegurança é tutelar o sinalagma contratual firmado entre as partes, por isso exige a bilateralidade dos contratos como condição necessária para a sua aplicação, sendo que as prestações em questão devem estar ligadas entre si por um vínculo de interdependência, estando presente a correspectividade entre elas.

Embora o instituto possa conectar-se à ideia de alteração da base fática do contrato, aproximar-se do conceito contido na cláusula *rebus sic stantibus*, é na tutela da confiança, na proteção da boa-fé contratual e na equidade que ela se fundamenta. A cláusula *rebus sic stantibus* tem como fundamento a teoria da imprevisão que, por sua vez, funciona como autorizadora para a revisão ou resolução do contrato quando um evento imprevisível e extraordinário o afeta, e justifica até mesmo a intervenção judicial para restabelecer o equilíbrio da relação firmada²⁶⁵. A exceção de insegurança é uma medida de caráter cautelar, que visa à conservação do vínculo contratual e não o seu desfazimento. Dessa forma, concede à parte que está em premente situação de inadimplemento duas possibilidades: prestar garantia ou satisfazer a prestação que lhe cabe de forma antecipada, dado o cenário agravado de risco. Essas medidas visam a restabelecer a confiança entre as partes, comprometida pela capacidade prestacional de uma delas, para que ambas sigam confortáveis na relação contratual e voltem a confiar no cumprimento dos deveres atribuídos à outra parte.

²⁶⁵ Nesse sentido, DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8: “Para que a prestação assumida num contrato não se tornasse, algumas vezes, a ruína de um dos contratantes e, quase sempre, o enriquecimento sem causa do outro, diante de um acontecimento imprevisível e extraordinário, é que foi criada a cláusula *rebus sic stantibus*, modernamente denominada teoria da imprevisão. Trata-se de flexibilização do princípio da intangibilidade contratual, visando o restabelecimento da comutatividade (equilíbrio das prestações), por meio de intervenção judicial que tem por objetivo a revisão da avença ou sua resolução.”

Ao retomar os fundamentos que justificam a utilização da exceção de insegurança pela parte que teve a confiança na relação contratual abalada, observa-se que no art. 477, do Código Civil, há a exigência expressa da diminuição comprovada do patrimônio de uma das partes para que a outra possa lançar mão do instrumento de autotutela. Contudo, não é apenas no art. 477, do Código Civil, que há a previsão de suspensão da execução da prestação que cabe a uma das partes caso haja risco concreto e sério de inadimplemento da outra parte. Na CISG, cujas disposições foram recepcionadas pelo Direito pátrio por meio do Decreto nº. 8.327/2014, em seu art. 71, como já mencionado anteriormente neste trabalho, está previsto que:

Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido: (a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou (b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

Embora o âmbito de aplicação da CISG esteja limitado aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, o alcance da proteção conferida pela Convenção, no que se refere à exceção de insegurança, revela-se mais abrangente do que o previsto no Código Civil. A CISG não condiciona o exercício do contradireito à demonstração específica de diminuição patrimonial da parte adversa, como exige o art. 477, do Código Civil. Ao contrário, amplia as hipóteses legitimadoras da suspensão do cumprimento contratual para englobar situações nas quais se torne evidente que a outra parte não adimplirá suas obrigações, seja em razão de manifesta incapacidade de cumprimento, de grave comprometimento de sua solvência, ou ainda de elementos extraídos do comportamento contratual, capazes de indicar, de forma objetiva, a provável inexecução de parcela substancial das prestações assumidas²⁶⁶.

²⁶⁶ Diante dos critérios estabelecidos na CISG para a operacionalização da exceção de insegurança, observa-se que houve um alargamento do cenário deste mecanismo através de suas disposições, contudo, caminhou-se no sentido da objetivação das circunstâncias nas quais o remédio é aplicável. Nos Princípios do UNIDROIT - *Principles of International Commercial Contracts* 2016, por sua vez, está prevista uma espécie de direito de suspensão da prestação, sendo que seu artigo 7.3.4. viabiliza a suspensão da prestação pelo credor caso acredite com razoabilidade que não haverá o cumprimento da prestação pelo devedor, abrindo espaço para uma subjetividade e, portanto, certa insegurança no manejo do remédio, podendo comprometer a finalidade que o remédio visa alcançar: “Article 7.3.4 (Adequate assurance of due performance): A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.”

Sendo assim, constatado um dos pressupostos fáticos previstos, desde que se trate de contrato bilateral, e estiver presente o sinalagma entre as prestações, pode-se lançar mão da exceção substancial que viabiliza a suspensão das prestações.

Nesse mesmo sentido, o Enunciado nº. 438, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, propõe que “A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente, em risco, a execução do programa contratual”. Tal formulação representa um avanço na interpretação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, ao ampliar seu campo de aplicação para além da hipótese restritiva da diminuição patrimonial. Essa leitura se aproxima mais dos propósitos tutelados pela CISG, em especial da proteção à confiança e da preservação da funcionalidade do vínculo contratual, do que do regime mais limitado delineado originalmente pelo art. 477, do Código Civil.

Não obstante o alinhamento do Enunciado com os princípios da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, é necessário reconhecer que tal interpretação implica uma ampliação significativa da hipótese legal prevista no art. 477, potencialmente deslocando o instituto de sua base normativa originária: o risco qualificado de inadimplemento. A flexibilização excessiva do conceito de insegurança pode gerar aplicações indevidas do mecanismo, dissociadas da situação de efetiva ameaça ao adimplemento contratual. Exemplo dessa distorção pode ser encontrado no julgamento do REsp nº. 1.279.188/SP²⁶⁷, em que se admitiu a aplicação da exceção

²⁶⁷ EMENTA: DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MATÉRIA-PRIMA. REDUÇÃO DO VOLUME. PROBLEMAS DE PRODUÇÃO. ILICITUDE. EMPREENDIMENTO. INEXISTÊNCIA. INADIMPLEMENTO RISCO PRETÉRITO DO DA CONTRATANTE. REDUÇÃO DO VOLUME DOS PRODUTOS, DOS PRAZOS DE PAGAMENTO E DO CRÉDITO. CABIMENTO. PROVIDÊNCIA CONSENTÂNEA COM A PRINCIPIOLOGIA DA EXCEÇÃO DE INSEGURIDADE. DANO HIPOTÉTICO. CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. O cerne da controvérsia consiste em investigar a possível ilicitude praticada pela ora recorrente no tocante à limitação do fornecimento de matéria-prima à recorrida, limitação essa acompanhada de redução de seu crédito e diminuição dos prazos de pagamento, tudo isso após cerca de um ano do início da relação negocial, a qual, essencialmente, se manteve de forma verbal. 2. Ficou claro da moldura fática dos autos que as partes firmaram contrato em meados de 1996 e que em agosto de 1997 houve uma redução do volume de produtos fornecidos pela recorrente à recorrida, tudo isso em razão de problemas operacionais, sendo que havia acordo verbal de fornecimento em volume superior. Com efeito, não se trata de relação contratual de longa duração, na qual os costumes comerciais têm aptidão de gerar a legítima expectativa em um contratante de que o outro se comportará de forma previsível. 3. Em boa verdade, em se tratando de problemas de produção, tem-se situação absolutamente previsível para ambos os contratantes, de modo que a redução no fornecimento de produtos, nessa situação, não revela nenhuma conduta ilícita por parte do fornecedor. A controvérsia comercial subjacente aos autos insere-se no risco do empreendimento, o qual não pode ser transferido de um contratante para o outro, notadamente em contratos ainda em fase de amadurecimento, como no caso. 4. Quanto à redução do fornecimento e do crédito posteriormente ao inadimplemento da recorrida, outra providência não se esperava da recorrente. Não se pode impor a um dos contratantes que mantenha as condições avençadas verbalmente quando, de fato, a relação de confiabilidade entre as partes se alterou. Era

de insegurança em uma relação de fornecimento contínuo, com base no inadimplemento pretérito da contratante. Nessa decisão, a exceção foi utilizada para justificar a redução no fornecimento de matéria-prima por parte da fornecedora, a fim de evitar prejuízos futuros alegados, solução que revela confusão entre inadimplemento já verificado e risco de inadimplemento futuro, descaracterizar-se a natureza preventiva do instituto e aproximá-lo indevidamente da *exceptio non adimpleti contractus*.

Resta evidente, portanto, a confusão conceitual entre as exceções substanciais previstas nos arts. 476 e 477, do Código Civil, decorrente da redação excessivamente aberta do Enunciado nº. 438, da V Jornada de Direito Civil do CJP/STJ, invocado para fundamentar a aplicação da exceção de insegurança sob o argumento de que a conduta da parte colocava em risco a execução do programa contratual pactuado. Todavia, o que se observou, na prática, foi a utilização do instituto com base no inadimplemento pretérito e não em risco futuro concreto e qualificado, ao caracterizar uma sobreposição indevida entre os regimes jurídicos das exceções substanciais. Essa interpretação demasiadamente ampla compromete a autonomia dogmática da exceção de insegurança, esvazia sua natureza preventiva e aproxima indevidamente seus contornos da *exceptio non adimpleti contractus*, em desconformidade com os pressupostos e a finalidade específicos que justificam sua existência.

Dessa forma, observa-se o risco que uma previsão ampla somada à ausência de entendimento do fundamento do mecanismo da exceção de insegurança pode causar no cenário de interpretação e aplicação do Direito. Não obstante a leitura do

lícito, portanto, que a contratada reduzisse o volume de produto fornecido e modificasse as condições de crédito e de pagamento, diante do inadimplemento pretérito da contratante, precavendo-se de prejuízo maior. Documento: 1399295 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 18/06/2015 Página 1 de 4 5. Mutatis mutandis, tal providência é consentânea com a principiologia do que no direito privado ficou consagrado como exceção de insegurança, prevista hoje no art. 477 do Código Civil (correspondente ao art. 1.092 do CC/1916 e, em parte, ao que dispunha o art. 198 do Código Comercial). "A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe, manifestamente em risco, a execução do programa contratual" (Enunciado n. 438 da V Jornada de Direito Civil CJP/STJ). 6. Assim, no caso de inadimplemento do contratante - circunstância que sugere, realmente, alteração de solvabilidade de uma das partes -, se era lícito ao outro reter sua prestação, era-lhe igualmente lícito reduzir o volume dos produtos vendidos, dos prazos de pagamento e do crédito, na esteira do adágio de que quem pode o mais pode o menos. 7. De resto, em ação de responsabilidade civil subjetiva, é incumbência do autor, ainda no processo de conhecimento, demonstrar a ocorrência do dano, a conduta ilícita da ré e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e o resultado lesivo, relegando-se à fase de liquidação apenas o quantum debeatur. A despeito de o julgador poder valer-se de seu livre convencimento motivado, descabe condenar o réu à indenização por um dano hipotético, sem a comprovação da existência do prejuízo e do nexo de causalidade. 8. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1.279.188/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., d.j. 16-04-2015)

intérprete pudesse ter sido mais assertiva, de maneira a considerar o que já está posto na legislação atual e na construção doutrinária da exceção de insegurança, ressalta-se que o ideal seria uma formulação legislativa que contemplasse de forma expressa a leitura ampliadora feita pelo Enunciado em questão, que, em linhas gerais, está em consonância com a formulação traçada pela CISG, ao prever, adicionalmente, que o fundamento da exceção de insegurança continua a ser o risco concreto de inadimplemento, para não restar dúvidas que referido instrumento se diferencia da exceção do contrato não cumprido, que serve a contextos distintos.

Nesse ponto, é relevante observar que o Projeto de Lei nº. 04/2025²⁶⁸ propõe a alteração do art. 477, que vai ao encontro da tendência ampliadora da figura da exceção de insegurança. Conforme previsto no PL, a redação de referido artigo deveria passar a vigorar da seguinte forma:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, a parte tornar-se insolvente ou lhe sobrevier grave insuficiência em sua capacidade de cumprir as obrigações, a ponto de tornar duvidoso o cumprimento das prestações pelas quais se obrigou, pode a outra parte recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a obrigação que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

A nova redação proposta substitui a expressão “diminuição em seu patrimônio” pela detecção de insolvência de uma das partes ou constatação de “grave insuficiência em sua capacidade de cumprir as obrigações” e mantém o fundamento próprio da exceção de insegurança, qual seja, o risco objetivo de inadimplemento, porém viabiliza a aplicação da exceção para além de casos estritamente vinculados à diminuição patrimonial e abre espaço para uma análise mais ampla do cenário de provável inadimplemento que se delineia.

No parágrafo único²⁶⁹ do dispositivo em estudo se prevê a possibilidade de resolução antecipada da avença caso o devedor não satisfaça a prestação devida nem ofereça garantia o suficiente ou mostre que a satisfará. Portanto, houve a preocupação de abrir espaço à resolução, inclusive após a interpelação extrajudicial do devedor, caso a medida cautelar representada pela exceção de insegurança não

²⁶⁸ O Projeto de Lei tem por escopo a revisão e atualização da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), correspondendo ao texto entregue pela Comissão de Juristas, presidida pelo ministro Luís Felipe Salomão, ao Senado.

²⁶⁹ O parágrafo único, do artigo 477, do Anteprojeto do Código Civil dispõe que “Se o devedor não satisfizer a prestação devida nem oferecer garantia bastante de satisfazê-la após interpelação judicial ou extrajudicial, o credor poderá resolver antecipadamente o contrato.”

seja suficiente a pressionar a execução da prestação que está sob ameaça pelo risco de inadimplemento delineado.

Nesse contexto, o Projeto de Lei incorporou, em sua redação, a orientação ampliativa quanto à compreensão da exceção de insegurança, delineada tanto pela CISG quanto pelo Enunciado nº. 438, da V Jornada de Direito Civil. Ao adotar essa perspectiva, o texto legal avança no sentido de uma vocação expansiva da aplicação da exceção de insegurança, reafirma a centralidade da autonomia privada dos contratantes e promove maior celeridade na gestão e na resolução de conflitos contratuais.

3.2 Cláusula resolutiva expressa: contexto, fundamentos e abrangência

Conforme exposto no segundo capítulo deste trabalho, o objetivo primordial das partes em uma relação contratual é o cumprimento integral das obrigações assumidas, de modo a assegurar o adimplemento e a realização do resultado útil pactuado. Não raras vezes, surgem intercorrências que inviabilizam a execução satisfatória da prestação devida e compromete diretamente a finalidade econômica e prática do contrato. Nesses casos, o inadimplemento substancial pode ensejar a resolução do vínculo contratual, especialmente quando frustrado o interesse legítimo de uma das partes na continuidade da relação.

Conforme previsto no art. 475, do Código Civil²⁷⁰, quando identificado o inadimplemento absoluto, é cabível a resolução do contrato se não preferir exigir-lhe o cumprimento, sendo possível, em ambos os casos, a indenização por perdas e danos. No art. 474²⁷¹, do referido diploma legal, consta que a resolução contratual poderá ocorrer de duas formas distintas: a primeira, por meio de interpelação judicial, aplica-se quando o contrato não prevê expressamente as hipóteses de resolução; configura-se, nesse caso, uma cláusula resolutiva tácita, cujo evento ensejador deverá ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário; e a segunda ocorre quando o contrato estipula, de forma expressa, as hipóteses resolutivas, situações nas quais a resolução

²⁷⁰ Código Civil, art. 475: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

²⁷¹ Código Civil, art. 474: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

opera de pleno direito, independentemente de intervenção judicial, e se situa no domínio da cláusula resolutiva expressa.

Portanto, além da possibilidade de resolução contratual por meio de apreciação judicial, admite-se a extinção do vínculo obrigacional de pleno direito, mediante a execução de cláusula resolutiva expressa, quando validamente prevista no contrato. A cláusula resolutiva expressa se constitui como proteção ao credor quando ocorre um desenlace contratual indesejado, sendo fruto da autonomia privada e instrumento de autotutela com função resolutiva.

No Brasil, a contemplação da cláusula resolutiva expressa pela legislação é tímida, incompatível com sua relevância no âmbito das relações contratuais, sobretudo as relações contratuais paritárias, uma vez que apenas os arts. 474 e 475, do Código Civil, dispõem sobre o tema; fazem-no, inclusive, de forma conjunta com a cláusula resolutiva tácita, sem conferir a devida distinção à natureza própria da cláusula expressa.

Em se tratando da cláusula resolutiva expressa, além de sua utilização ainda ser restrita, a jurisprudência nacional exige, muitas vezes, formalidades que extrapolam o previsto em lei e que vão contra a finalidade do instituto, de pôr fim à relação contratual sem intervenção judicial²⁷², ou afastam a sua eficácia, ainda que cumpridas as formalidades exigidas. Merecem atenção especial os debates acerca da conceituação da cláusula resolutiva expressa, do estabelecimento de seu regime jurídico, incluindo seu âmbito de aplicação, e estudo de sua potencial vocação expansiva.

É no contexto de reconfiguração da autonomia privada, processo intensificado sobretudo a partir do século XXI²⁷³, que se insere a cláusula resolutiva expressa como expressão legítima da liberdade contratual das partes. Essa nova conformação da autonomia privada é orientada pelo princípio da legalidade constitucional, se fundamenta na perspectiva funcional das relações contratuais e se inspira na proteção de interesses dignos de tutela jurídica, e reforça o papel dos contratantes na gestão de seus riscos e na autodeterminação dos efeitos jurídicos do contrato.

²⁷² Como exemplo, menciona-se: STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, AgInt no AREsp 1278577, DJ 21.09.2018; que, dentre as fundamentações contidas na Ementa, consta que: “De qualquer forma, a jurisprudência do STJ entende que é imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos.”

²⁷³ LEPORE, Andrea. **Autotutela e autonomia negoziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

Se as partes têm a liberdade de celebrar um contrato, elas também têm de estipular seu conteúdo, bem como prever as situações que darão ensejo à resolução do contrato, desde que não violem o ordenamento jurídico, com o filtro, sobretudo, dos prismas axiológicos da boa-fé contratual e da função social do contrato. A finalidade da cláusula resolutiva expressa é permitir que o credor resolva de pleno direito, sem necessidade de qualquer intervenção judicial, a relação contratual que não mais cumpre a sua função, liberar-se automaticamente das obrigações assumidas no contrato e recuperar o que houver prestado²⁷⁴.

Muito se discute sobre o âmbito de abrangência da cláusula resolutiva, seja tácita ou expressa, isto é, em quais contratos a cláusula poderia operar os seus efeitos, se seriam apenas contratos bilaterais, pela necessidade de identificação de correspectividade entre prestações, de maneira a justificar a resolução na quebra do sinalagma, ou se caberia a aplicação da cláusula também nos contratos unilaterais²⁷⁵. Observa-se que no Código Civil italiano, no art. 1.453²⁷⁶, a resolução por inadimplemento se relaciona diretamente aos contratos com prestações correspectivas. Nessa mesma linha, o Código Civil de 1916 estabeleceu o instituto da resolução relacionado diretamente aos contratos bilaterais, conforme previsto no art. 1.092²⁷⁷, parágrafo único, desse diploma. Dessa forma, em referidos diplomas, a correspectividade e a bilateralidade, respectivamente, eram pressupostos necessários para que se pudesse resolver o contrato com base no inadimplemento.

O Código Civil atual, por sua vez, não atrelou as disposições referentes à resolução do contrato aos contratos bilaterais, ou fez qualquer menção à necessidade de correspectividade entre prestações; ao contrário, ao dispor sobre a resolução por inadimplemento nos arts. 474 e 475, do Código Civil, inseriu-os no capítulo *Da extinção do contrato*, sem qualquer especificação adicional. Sendo assim, embora

²⁷⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 37.

²⁷⁵ Sobre a aplicabilidade da cláusula resolutiva expressa nos contratos unilaterais, indica-se TERRA, Aline Miranda Valverde. Âmbito de Incidência da Cláusula Resolutiva Expressa: para além dos contratos bilaterais. **Revista de Direito Privado**, v. 65/2016, p. 121 – 138, jan. – mar., 2016.

²⁷⁶ Código Civil italiano, “art. 1.453: Nos contratos com prestações correspectivas, quando um dos contratantes não cumprir com suas obrigações, poderá a outra parte pedir, ao seu critério, ou a execução, ou a resolução do contrato, admitida, em qualquer caso, a indenização do dano. A resolução pode ser pedida mesmo quando já foi proposta ação para obter a execução; não se poderá mais pedir, porém, a execução, quando foi pedida resolução. A partir da data do pedido de resolução, não pode mais a parte inadimplente cumprir com sua obrigação” (nossa tradução).

²⁷⁷ Conforme previsto no Código Civil, art. 1.092, parágrafo único: A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

parte da doutrina²⁷⁸ condicione o manuseio da resolução aos contratos bilaterais, acredita-se que se o intuito do legislador fosse restringir o seu uso a referidos contratos, fá-lo-ia expressamente, ao seguir o exemplo do Código Civil de 1916. Ao contrário, optou por dispor sobre a cláusula resolutiva em dispositivos apartados daqueles que versam sobre contratos bilaterais, o que demonstra que a finalidade das cláusulas previstas é serem invocadas em todos os tipos de contratos, sem distinção, tendo seu âmbito de incidência alargado se comparado com o Código Civil de 1916.

Assim, entende-se que a resolução é plenamente possível em contratos unilaterais, seja por meio da cláusula resolutiva tácita ou expressa. Inclusive, até mesmo por nesses contratos não ser possível a utilização da exceção do contrato não cumprido, figura que pressupõe a bilateralidade contratual, ter a resolução como mecanismo de autotutela a ser invocado pela parte lesada pelo inadimplemento se faz ainda mais necessário e útil às partes, representando uma solução ante a frustração do fim almejado com a relação jurídica. Portanto, a possibilidade de se resolver uma relação obrigacional deve se estender a todos os contratos, sejam eles bilaterais ou unilaterais, sempre que o credor perder o interesse em seguir com o vínculo estabelecido.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves, ao discorrer sobre a extinção do contrato de comodato, menciona ser possível a resolução pelo comodante em caso de descumprimento, pelo comodatário, de suas obrigações, incluindo o seu uso de forma diversa do convencionado ou determinado pela sua natureza²⁷⁹. A rescisão unilateral pode, inclusive, fundamentar-se na quebra da confiança pelo comodatário que, por exemplo, passa a usar um imóvel dado em comodato para fins diversos do permitido pelo comodante, o que configura evidente violação da boa-fé objetiva.

No que se refere à cláusula resolutiva expressa, sua principal finalidade consiste na alocação prévia dos riscos contratuais pelas partes; permite-lhes definir, com antecedência, os eventos que autorizam a extinção do vínculo obrigacional. Diferentemente da cláusula resolutiva tácita, cuja eficácia depende da apreciação judicial e da verificação do inadimplemento absoluto, caracterizado pela inutilidade da

²⁷⁸ Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mário da S. **Obrigações e Contratos** – Pareceres, 1. ed. 2011. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 233, e AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VI, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 767, mencionam expressamente que a resolução é própria dos contratos bilaterais.

²⁷⁹ GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro** - Contratos e Atos Unilaterais. v. 3, 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024. p. 334.

prestação para o credor, a cláusula resolutiva expressa confere maior autonomia às partes ao possibilitar que estipulem, de forma objetiva, as hipóteses específicas que, após ocorridas, ensejam a resolução do contrato. Trata-se, portanto, de um instrumento de segurança jurídica e previsibilidade, que permite às partes reagirem ao inadimplemento com maior celeridade e sem necessidade de intervenção jurisdicional.

Destaca-se que outros eventos de risco, não necessariamente configuradores do inadimplemento absoluto, também podem ser objeto da cláusula resolutiva expressa, como eventos correspondentes a caso fortuito e força maior, os quais representam a alocação de riscos definida pelos particulares. Dessa forma, o inadimplemento idôneo a acarretar a resolução do contrato é definido pelas partes, ainda que possa sofrer controle posterior de legitimidade.

Observa-se que as partes, diante da liberdade que lhes é conferida, escolhem como desejam alocar os riscos dentro do contrato e podem optar por distribuí-los de forma diversa do estabelecido na teoria legal dos riscos, ampliando o campo de utilização da autotutela. A forma de alocação de riscos indica como se intenciona estabelecer as bases do equilíbrio contratual, o que torna o ambiente negocial mais previsível e seguro aos contratantes, na medida em que são preestabelecidas as situações em que a relação “poderá ser resolvida por não ser capaz de promover os interesses concretamente perseguidos, e faculta à parte lesada se liberar imediatamente da relação disfuncional, imprestável à finalidade a que se dirigia”²⁸⁰, como afirma Aline de Miranda Valverde Terra.

Uma última observação pertinente a este tópico diz respeito à previsão contida no art. 475, do Código Civil, mencionado anteriormente no início deste tópico, que confere à parte lesada pelo inadimplemento duas alternativas: requerer a resolução do contrato ou exigir seu cumprimento; contudo, quando se está diante de um inadimplemento absoluto, a inutilidade superveniente da prestação inviabiliza a execução específica, afasta, portanto, a possibilidade de se exigir o adimplemento forçado da obrigação, e resta como via adequada a resolução contratual e, se cabível, a indenização por perdas e danos.

Logo, entende-se que, configurada hipótese prevista na cláusula resolutiva expressa, a parte lesada tem duas possibilidades: lançar mão da cláusula resolutória

²⁸⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 57.

e resolver o contrato extrajudicialmente ou executá-lo pelo equivalente²⁸¹. Quando há a possibilidade de execução específica, a utilidade da prestação não se perdeu, portanto, fala-se em mora e não em inadimplemento absoluto. Nesse último caso, se a obrigação não é essencial, uma vez que seu descumprimento configura a mora, não deve vir prevista na base fática da cláusula resolutória.

3.2.1 Equilíbrio entre a liberdade de realocação de riscos contratuais e a delimitação do âmbito de incidência da cláusula resolutiva expressa

O consenso para definir o conteúdo da cláusula resolutória é imprescindível para indicar sua validade; contudo, o acordo, por si, não é suficiente para tornar legítima a cláusula resolutória redigida. Assim, ainda que os riscos do contrato possam ser alocados pelas partes, mesmo que de forma diversa do previsto na teoria legal dos riscos, é imperioso que essas situações estejam diretamente relacionadas às obrigações essenciais do contrato.

Portanto, há um âmbito delineado para a incidência da cláusula resolutiva expressa, que se configura a partir de parâmetros norteadores direcionados à atividade criativa das partes, que devem segui-los no momento de elaboração do conteúdo da cláusula. Nos dizeres de Ruy Rosado de Aguiar Júnior. e Sálvio Teixeira, “O descumprimento previsto deve ser significativo para a economia do contrato, não se admitindo que a pequena desatenção do devedor seja motivo para a extinção”²⁸². Nesse sentido, as hipóteses de resolução do contrato mediante a convenção de cláusula expressa não podem abrir espaço para o exercício abusivo da cláusula resolutória, a exemplo do incumprimento mínimo ou descumprimento de obrigação de escassa importância, pois isso excede os limites impostos pela boa-fé contratual²⁸³.

Ainda que a inclusão de certa obrigação na cláusula resolutiva expressa goze de presunção de essencialidade, assim como todo ato decorrente do exercício da autonomia privada, as disposições inseridas na cláusula resolutória devem passar

²⁸¹ Os efeitos decorrentes dessas opções são diversos. Caso o credor opte pelo cumprimento do contrato pelo equivalente, o vínculo jurídico que liga as partes se mantém íntegro e o devedor continua obrigado a prestar o que lhe foi atribuído no contrato. Optando pela resolução do vínculo obrigacional, o devedor libera-se de cumprir sua obrigação, uma vez que a cláusula resolutória confere ao credor um direito extintivo da relação firmada.

²⁸² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VI, t. II, 1. ed. 2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 400.

²⁸³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 119.

pelo filtro de legitimidade, sendo afastada a resolução quando se demonstra, pelo devedor, que a obrigação prevista não é essencial, ou seja, quando o seu descumprimento não impacta o resultado útil perquirido.

A essencialidade de uma obrigação deve ser aferida no caso concreto, não é uma categorização estanque²⁸⁴. Ao contrário, uma obrigação que se demonstra essencial em um primeiro momento pode tornar-se secundária em um segundo momento, não sendo justificável estar inserida em cláusula resolutória.

Aline de Miranda Valverde Terra aponta que há dois parâmetros que se destacam no juízo valorativo da relevância da obrigação, quais sejam: a economia do contrato e o seu equilíbrio econômico, por um lado, e a boa-fé objetiva, por outro²⁸⁵. Logo, a obrigação deve ser indispensável para a satisfação do escopo econômico buscado pelos contratantes, sem o qual há a perda do equilíbrio contratual, bem como à luz da boa-fé contratual que confere perspectiva funcional às obrigações, deve interferir diretamente no resultado útil programado, de modo que o seu descumprimento impacta de forma imediata a utilidade da prestação devida. Com essa conceituação, exclui-se do âmbito de abrangência da cláusula resolutória todas as obrigações que não afetam o interesse do credor a ponto de gerar a perda de utilidade buscada com o programa contratual estabelecido²⁸⁶.

3.2.2 Efeitos decorrentes da resolução extrajudicial

A vantagem proporcionada pela cláusula resolutiva expressa é a desvinculação dos contratantes sem necessidade de recorrer-se ao Judiciário. Caso o devedor

²⁸⁴ No julgado BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0291792-29.2012.8.19.0001. APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR DESACOMPANHADO DO MANUAL ORIGINAL. ITEM INFORMADO PELA CLIENTE COMO ESSENCIAL AO FECHAMENTO DO NEGÓCIO. DESFAZIMENTO DA COMPRA. DANO MORAL INEXISTENTE. Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgamento: 06.11.2013. Órgão Julgador: Vigésima Primeira Câmara De Direito Privado (Antiga 19ª Câmara Cível), observa-se que a classificação da obrigação como essencial e apta a configurar o inadimplemento absoluto se deu a partir da interpretação do negócio jurídico em questão. Como o próprio julgador afirma, a conduta imposta ao devedor, em outros casos, não seria razoável, sequer, de ser exigível.

²⁸⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 78.

²⁸⁶ Uma importante limitação à eficácia da cláusula resolutiva expressa, assim como à utilização de quaisquer instrumentos de autotutela, encontra-se nas cláusulas de ordem pública. No âmbito das relações de consumo, por exemplo, o art. 51, inciso XI, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe ser nula de pleno direito a cláusula contratual que estabeleça a resolução do contrato apenas em favor do fornecedor, vedando, assim, previsões que violem a isonomia entre as partes contratantes.

entenda que os pressupostos autorizadores da resolução não foram cumpridos, pode-se recorrer ao Judiciário para apreciar o caso, que terá a função de fiscalizar a legitimidade do exercício do direito potestativo à resolução exercido pelo credor.

Contudo, há decisões judiciais que desconsideram a disciplina e a finalidade da cláusula resolutiva expressa, exigem prévia manifestação judicial para a sua operacionalização, e coíbem o propósito que a diferencia da cláusula resolutiva tácita. Nesse contexto, ganham espaço as ações cujo objeto é a reintegração de posse do bem objeto de promessa de compra e venda de imóveis²⁸⁷, nas quais se confunde a necessidade de acionar o Judiciário para se manifestar sobre a reintegração da posse e a necessidade de acioná-lo para resolver o contrato²⁸⁸.

Um exemplo paradigmático dessa tendência decisória, que merece destaque pelos desdobramentos que ilustra, é a decisão proferida no Recurso Especial nº. 1.342.754²⁸⁹, relatado pelo ministro Paulo Tarso Sanseverino, em 23 de outubro de 2012, na 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça. No caso em questão, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) celebrou contrato de promessa de compra e venda, por meio

²⁸⁷ Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado, que condiciona a resolução prevista na cláusula resolutiva expressa à manifestação judicial: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp: 620787 SP 2003/0232615-7, Relator.: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14 de abr. 2009, T4 - QUARTA TURMA, cuja ementa dispõe o que segue: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA EM VIRTUDE DE INADIMPLENTO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SEM QUE TENHA HAVIDO MANIFESTAÇÃO JUDICIAL ACERCA DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO, AINDA QUE ESTE CONTE COM CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. 1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. É imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos. 3. Por conseguinte, não há falar-se em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, pois somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório. 4. Recurso provido em parte, para afastar a antecipação de tutela.

²⁸⁸ Menciona-se também julgado recente, porém que mantém o mesmo entendimento, sendo: BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, Agravo de Instrumento: 53861953920238090051 GOIÂNIA, Relator.: Des(a). VICENTE LOPES DA ROCHA JÚNIOR, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: (S/R) DJ, conforme ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MANUTENÇÃO NA POSSE. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. INADIMPLENTO DOS ADQUIRENTES. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. IRRELEVÂNCIA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO JUDICIAL. DEFERIMENTO DA LIMINAR POSSESSÓRIA MANTIDO. 1. Admissível a liminar de manutenção da posse dos adquirentes do imóvel, ainda que inadimplentes, porque a cláusula resolutória expressa não parece surtir efeitos imediatos, necessitando de manifestação judicial sobre a rescisão da compra. 2. Na hipótese em apreço, não há falar em precariedade da posse, devendo, portanto, ser promitente compradora mantida provisoriamente na posse do bem. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 1.342.754/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 23 de nov. 2012.

de escritura pública, de terreno na Praia de Botafogo, na cidade do Rio de Janeiro, em 8 de fevereiro de 2000, com a empresa Wrobel Construtora S.A., para a construção de prédio de 19 andares projetado pelo arquiteto Oscar Niemeyer, fazendo a FGV jus a seus andares do prédio e 268 vagas de garagem.

A construtora transferiu à empresa ABCDW 2000 Empreendimentos Imobiliários S.A. os direitos e as obrigações que havia assumido, a qual deu início às obras; porém, as obras foram suspensas em 24 de março de 2002 devido à liminar concedida em ação civil pública, que teve sentença proferida em 10 de dezembro de 2008. Após prolatada a sentença no processo que obstava a ABCDW seguir com a execução da obra, a construtora manteve-se inerte por um ano, alegou a existência de pendências não solucionadas pela FGV que impediam a execução da obra, ajuizou, em 30 de setembro de 2009, demanda contra a FGV para que esta sanasse as irregularidades relativas ao terreno, e pleiteou a resolução do contrato com condenação da FGV em perdas e danos. Após notificar a construtora para dar início às obras, sem sucesso, em 12 de novembro de 2009, a FGV ajuizou ação de reintegração de posse do imóvel com pedido de concessão de liminar, e alegou que por se configurar o inadimplemento previsto na cláusula resolutiva expressa, o contrato se encontrava resolvido desde 11 de novembro de 2009, termo final fixado para que a mora da construtora fosse sanada. Adicionalmente, alegou que havia recebido correspondência na qual a ABCDW declara sua incapacidade financeira de seguir com a obra.

O Juízo de primeiro grau deferiu a liminar de reintegração de posse e concluiu que a FGV adimpliu as suas prestações e afastou a tese de exceção do contrato não cumprido arguida pela ABCDW, de modo que se configurou o seu inadimplemento. Não obstante a resolução do contrato sem necessidade de intervenção judicial fora confirmada em segunda instância, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de recurso especial, a ABCDW alegou, dentre outras argumentações, a imprescindibilidade da prévia manifestação judicial para a resolução do compromisso de compra e venda do imóvel, ainda que houvesse a previsão da cláusula resolutiva expressa. Apesar de a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ter negado provimento ao recurso especial, o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto, afirmou que para a cláusula resolutiva expressa operar seus efeitos se faz necessária a prévia manifestação judicial, o que não ocorreu no caso em comento.

Observa-se que o caso exposto corresponde ao inadimplemento absoluto anterior ao termo, segundo o qual, diante da declaração da construtora de sua incapacidade financeira para cumprir a execução da obra, pôde o credor resolver o contrato. Por estar presente a hipótese de inadimplemento na base fática da cláusula resolutiva expressa, não se faz necessário a apreciação do Judiciário para que a resolução opere os seus efeitos; portanto, o ajuizamento de ação pela FGV é necessário apenas para fins de reintegração de posse.

Ainda que mediante fundamentação distinta, porém incorrendo na mesma leitura equivocada da cláusula resolutiva expressa e seus efeitos, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar sobre a resolução do compromisso de compra e venda nos autos do Recurso Especial nº. 620.787/SP, asseverou que é imprescindível a manifestação judicial prévia para a rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, pois caso contrário não se estaria a observar o princípio da boa-fé objetiva, que serve de norteador na seara contratual²⁹⁰. Na realidade, conduta contrária à boa-fé seria suprimir a autonomia privada das partes que, livremente, pactuaram pela resolução extrajudicial do contrato em determinadas circunstâncias.

Portanto, resta claro que o entendimento dos tribunais deve ser alinhado com o propósito e as funcionalidades da cláusula resolutiva expressa, de maneira a afastar decisões que criam exigências contrárias à lei e prestigiam a autonomia privada sempre que exercida de forma legítima²⁹¹.

No tocante aos efeitos decorrentes da cláusula resolutiva expressa, ressalta-se que a resolução extingue a necessidade de cumprimento de determinadas obrigações do contrato e não o contrato em si; todos os deveres que não dizem respeito às obrigações não executadas, permanecem vigentes, como os deveres de conduta. Nesse sentido, Karl Larenz menciona ser mais apropriado afirmar que a resolução não tem poder de extinguir a relação obrigacional, mas as obrigações prestacionais²⁹².

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 620.787/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 28 de abr. 2009.

²⁹¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 177.

²⁹² LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p. 394.

Sob este enfoque, a resolução apresenta eficácia liberatória das partes das obrigações que não foram executadas, e dispensa-se as partes de prestá-las²⁹³. Complementarmente ao efeito liberatório, a resolução produz também eficácia recuperatória, pois permite que os contratantes recuperem o que eventualmente prestaram; bem como eficácia ressarcitória, por conferir ao credor a faculdade de pleitear a indenização devida a título de perdas e danos. Dessa forma, no mesmo momento em que há a liberação das partes, identifica-se também o surgimento das obrigações de restituir e ressarcir²⁹⁴.

3.2.3 Ampliação dos espaços de atuação da cláusula resolutiva expressa

A cláusula resolutiva expressa opera no plano da eficácia, quando operacionalizada pelo credor, resolve a obrigação, que passa a não surtir mais efeitos. Para tanto, a cláusula resolutória deve discriminar detalhada e pontualmente as obrigações aptas a autorizar a sua atuação; é insuficiente a previsão genérica de descumprimento contratual para justificar seu manuseio pelo credor. Dessa forma, para ser devidamente operacionalizada, as obrigações consideradas essenciais pelas partes, cujo descumprimento pode dar ensejo à resolução do contrato, devem ter sua previsão clara e individualizada.

Ao considerar que a cláusula resolutiva expressa constitui um poder conferido ao credor, ao optar por sua aplicação, este não deve adotar condutas incompatíveis com a resolução do contrato, como, por exemplo, a prática de atos voltados à execução da obrigação inadimplida pelo equivalente. Tal contradição pode caracterizar comportamento contraditório, em afronta aos princípios da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

Soma-se a isso a necessidade de comunicar ao devedor sua opção pela resolução, o que não se confunde com a interpelação do devedor para constituí-lo em mora, trata-se de declarações diversas, com suporte fático e funções também

²⁹³ Conforme aduzido por TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 180: “O efeito liberatório tem o condão de liberar as partes da observância de todos os deveres prestacionais devidos à contraparte, mas não as exime de observar, durante a fase de liquidação, deveres de conduta expressamente previstos no contrato, a exemplo do dever de não concorrência ou de sigilo – que, muitas vezes, se protraem no tempo, estendendo-se para além da extinção do contrato –, bem como deveres impostos heteronomamente pela boa-fé objetiva.”

²⁹⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 179.

distintas. A interpelação constitutiva da mora atua no âmbito do inadimplemento relativo, segundo o qual o devedor deixa de cumprir a obrigação no modo, tempo ou lugar devido; por outro lado, no caso da comunicação para a resolução da avença, o intuito é apenas informar que a cláusula resolutiva expressa será operacionalizada e produzirá os seus efeitos devidos. Dessa forma, é inapropriado condicionar a operacionalização da cláusula resolutiva expressa à constituição em mora do devedor, eis que no suporte fático da cláusula resolutória não se encontram hipóteses de inadimplemento relativo, mas absoluto; seu descumprimento é o suficiente a ensejar a resolução do contrato²⁹⁵.

Ao seguir em direção aos espaços de atuação da cláusula resolutória, conforme apontado, a cláusula em questão confere à autonomia privada o poder de gerir os riscos do contrato segundo os interesses das partes, que podem disciplinar os efeitos decorrentes de seu descumprimento, sem recorrer ao Poder Judiciário para determiná-los. Dentre os riscos que podem ser geridos pelas partes, destacam-se os eventos de impossibilidade do objeto decorrentes de caso fortuito e força maior, conforme previsto no art. 393, do Código Civil. Segundo o disposto no referido artigo, “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. O parágrafo único do artigo em comento define o caso fortuito e a força maior como fatos necessários, cujos efeitos são inevitáveis ou insuperáveis.

No que se refere à definição de caso fortuito e força maior, observa-se que a legislação lhes atribui os mesmos efeitos jurídicos; no entanto, parte da doutrina propõe distinções conceituais entre esses institutos, embora não haja consenso consolidado a esse respeito. Para Sérgio Cavalieri Filho, o caso fortuito refere-se a eventos imprevisíveis e, por isso, inevitáveis, enquanto a força maior diz respeito a

²⁹⁵ Ressalva-se os casos em que, não obstante haja a previsão em cláusula resolutiva expressa, a lei, expressamente, exige a constituição em mora do devedor por meio de notificação, como é o caso do Decreto-lei nº 745/69, que dispõe sobre a necessidade de constituição em mora do promitente comprador, não obstante haja previsão de cláusula resolutiva expressa, condicionando a resolução ao prazo de 15 dias, contados do recebimento de interpelação pelo devedor, que poderá ser judicial ou extrajudicial, conforme disposto: “Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora.”

acontecimentos irresistíveis, ainda que previsíveis, mas que excedem a capacidade de controle do agente, como é o caso dos fenômenos naturais²⁹⁶. Nessa linha de pensamento, a imprevisibilidade configura o elemento essencial para a caracterização do caso fortuito, enquanto a irresistibilidade é o traço distintivo da força maior. A imprevisibilidade deve ser aferida a partir da análise do caso concreto, não pode ser presumida de forma abstrata ou genérica. A irresistibilidade decorre de um evento que supera a capacidade de reação do agente, é totalmente alheio à sua vontade e controle.

Geralmente, o caso fortuito e a força maior são aptos para excluir o nexo de causalidade que liga o dano ao devedor e isenta-o de responsabilidade; contudo, é possível que as partes, no exercício da autonomia privada, optem por disciplinar contratualmente os efeitos de eventos inevitáveis e/ou imprevisíveis, e aloquem previamente os riscos decorrentes da ocorrência de caso fortuito ou força maior. Dessa forma, podem estabelecer cláusulas pelas quais uma das partes assume a responsabilidade pela impossibilidade de cumprimento da obrigação causada por tais eventos, conforme autorizado pela parte final do art. 393 do Código Civil.

Para tanto, é imprescindível que a responsabilidade assumida pelo contratante esteja prevista de forma expressa na cláusula resolutória, com indicação de todos os fatos inevitáveis pelos quais se assume a responsabilidade. Nesses casos, se configurada a situação correspondente ao risco assumido, o devedor não se exonera da obrigação, mas, ao contrário, responde por inadimplemento absoluto, que não decorre da inexecução culposa, mas da assunção contratual expressa do risco, estabelecida a partir da identificação de um nexo de imputação entre o evento fortuito ou decorrente de força maior e o devedor²⁹⁷.

Da mesma forma que as partes podem realocar os riscos do contrato para um dos contratantes, que assume a responsabilidade e arca com as consequências pela configuração do fortuito²⁹⁸, elas podem decidir especificar situações em que haverá a

²⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. p. 89.

²⁹⁷ Nos contratos de locação de cofre em instituições financeiras, os eventos de furto ou de roubo do bem são considerados fortuitos cujos risco é assumido pelo prestador de serviços. Caso o fortuito se concretize, a instituição financeira responde por inadimplemento da obrigação de guarda. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp 994.040/PE. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 07.04.2011. Órgão julgador: 4ª turma.

²⁹⁸ Ainda que haja as diferenças conceituais entre caso fortuito e força maior, para fins de referência aos eventos decorrentes do artigo 393, do Código Civil, que podem vir previstos na cláusula resolutória, menciona-se “fortuito” enquanto gênero.

resolução extrajudicial do contrato, ainda que sem imputar responsabilidade a nenhuma das partes. Assim, no momento de elaboração do contrato, as partes podem estipular que os eventos passíveis de conduzir à impossibilidade temporária ou parcial do objeto do contrato e, portanto, à inutilidade da prestação, autorizam a resolução de pleno direito do contrato, sem necessidade de apreciação judicial. Não há a partilha legal dos riscos nesses casos, mas a alteração dos efeitos da verificação do fortuito²⁹⁹. O devedor, portanto, não responde por inadimplemento ou arca com perdas e danos, mas apenas se desvincula da obrigação, na medida em que não assumiu o risco de forma expressa. Em qualquer hipótese, seja na alocação contratual de riscos decorrentes de eventos fortuitos, seja na estipulação de determinados acontecimentos como causadores da resolução extrajudicial do vínculo, a inutilidade da prestação para o credor deve se fazer presente.

O inadimplemento irrisório ou que não afeta diretamente o resultado útil buscado pelas partes não pode ser objeto da cláusula resolutória, a exemplo de atrasos ou imperfeições que não impactam substancialmente a entrega. Ao contrário, a cláusula resolutiva expressa foi pensada para facilitar a desvinculação das partes em situações nas quais medidas menos extremas não possam ser tomadas e não para minimizar a relevância das situações aptas a ensejar a resolução. Sendo assim, as situações previamente indicadas pelas partes como aptas a ensejar a resolução contratual devem, quando verificadas, acarretar a inutilidade da prestação para o credor. Para que se justifique a extinção do vínculo, é necessário que tais eventos afetem diretamente a funcionalidade do contrato, desestabilizem o programa negocial originalmente traçado pelas partes, e impacte os riscos e vantagens, custos e benefícios de cada parte³⁰⁰.

Para além dos eventos decorrentes de caso fortuito ou força maior, é igualmente possível a alocação contratual de riscos nos casos de vícios redibitórios. O vício redibitório está previsto no art. 441, do Código Civil, ao prever que “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

²⁹⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 91.

³⁰⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VI, t. II, 1. ed. 2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 256.

Em vez de rejeitar a coisa, o credor tem a opção de aceitá-la e reclamar o abatimento do preço, conforme previsto no art. 442, do referido diploma.

No primeiro caso, em que o credor rejeita a coisa e deseja resolver o contrato, pode-se optar por prever expressamente no suporte fático da cláusula resolutória a possibilidade de resolução extrajudicial do contrato se for identificada situação de vício oculto da prestação.

Há discussões doutrinárias sobre a inclusão dos vícios redibitórios dentro das categorias existentes de inadimplemento, sendo que alguns autores mencionam que os vícios seriam uma categoria que ficaria entre a teoria do erro e a do inadimplemento³⁰¹ e outros consideram-nos como “terceira via” de inadimplemento³⁰². Jorge César Ferreira da Silva afirma que as espécies de inadimplemento existentes no Direito Brasileiro seriam suficientes para abarcar a categoria dos vícios redibitórios:

Em primeiro lugar, as regras sobre vícios comungam, ao par com o inadimplemento absoluto e a mora, do mesmo fundamento de proteção. Assim como as regras sobre inadimplemento absoluto e sobre mora – forjadas em desenvolvimentos estruturados sobre a noção de obrigação simples – as regras sobre vícios buscam, axiologicamente, a manutenção do sinalagma. [...] Nestes termos, calcados no mesmo fundamento axiológico, ao invés de incluir os vícios em uma terceira figura 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 (*quantum minoris*), como impossibilidade parcial (arts. 866 e 867 do CC) e os de atraso no cumprir corretamente a prestação (p. ex., art. 18, CDC), como casos de mora³⁰³.

Pode-se afirmar que a análise e o enquadramento dos vícios redibitórios realizados pelo autor estão em consonância com a perspectiva funcional da obrigação e com a concepção ampliada de prestação devida, conforme delineado no segundo capítulo deste trabalho. Destaca-se que não se pretende promover uma sobreposição de categorias, especialmente do inadimplemento sobre o regime dos vícios redibitórios, que permanece com seus remédios próprios e prazos decadenciais específicos. O objetivo é apenas evidenciar o ponto de contato entre os dois institutos,

³⁰¹ SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. rev. e aum. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 169.

³⁰² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. v.1. Coimbra: Almedina, 2005. p. 126 *et seq.*

³⁰³ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 199-201, grifos no original.

que são remédios orientados a um mesmo fim: a tutela de interesses previstos no contrato, incluindo o interesse do credor em desfazê-lo quando o resultado útil programado for frustrado, com a quebra do sinalagma³⁰⁴, em se tratando de contratos bilaterais.

Destaca-se que, para imputar a responsabilidade pelos vícios redibitórios ao credor, não há a necessidade de comprovação de culpa. Imputabilidade não se confunde com inculpação. Imputar é atribuir responsabilidade a alguém acerca de determinado ato ou fato, enquanto inculpar é atribuir culpa³⁰⁵. O inadimplemento imputável não depende do elemento culposo para seu reconhecimento, basta ser imputável ao devedor. No caso dos vícios redibitórios, a culpa é necessária apenas para a fixação de perdas ao alienante da coisa, conforme previsto no art. 443, do Código Civil, não é condição para a obrigação de restituição do valor recebido e resolução do vínculo contratual. Nessa perspectiva, a resolução não se configura como sanção a um inadimplemento culposo, mas como consequência da frustração do resultado útil pretendido pelas partes com a contratação. Nos dizeres de Raquel Bellini Salles:

Corrige-se, pois, o equívoco das equações absolutas imputabilidade/culpa, perdas e danos/culpa e resolução/culpa. Rompe-se, enfim, com o tradicional entendimento de que a eficácia da cláusula resolutiva expressa pressupõe a conduta culposa do devedor e privilegia-se, por outro lado, a autonomia negocial como meio de operatividade da autotutela³⁰⁶.

Portanto, as consequências decorrentes dos vícios redibitórios podem ser imputadas ao devedor, ainda que ausente a comprovação de culpa. Tais vícios podem ser objeto de cláusula resolutiva expressa, a qual oferece a vantagem de dispensar o contratante prejudicado da necessidade de ajuizamento de ação redibitória para extinguir o contrato, e permite que ele se libere do vínculo sempre que os vícios integrarem o suporte fático previamente definido na cláusula.

Nesse sentido, as partes podem especificar, contratualmente, quais tipos de vícios ocultos comprometem a utilidade da prestação para o credor, afasta, assim, a

³⁰⁴ Conforme apontado anteriormente, a resolução extrajudicial não se restringe à categoria dos contratos bilaterais. Ao contrário, serve também aos contratos unilaterais, não sendo a quebra do sinalagma a justificativa para o manuseio da resolução extrajudicial nesses casos, mas a frustração do interesse do credor, condição determinante para o exercício da liberalidade de contratar.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 135.

³⁰⁶ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 300.

exigência de ação judicial para a resolução do contrato³⁰⁷. Aplica-se, nesse caso, a mesma exigência válida para outras hipóteses de cláusula resolutiva: não basta a referência genérica aos vícios redibitórios, é necessária a indicação das circunstâncias concretas em que a prestação se tornará inútil à realização da função econômica do contrato³⁰⁸. Ademais, para que os vícios possam ser abrangidos por cláusula resolutiva expressa, é imprescindível que correspondam a defeitos que reduzam substancialmente o valor da coisa ou a tornem inadequada ao uso a que se destina.

Ao considerar que a finalidade da cláusula resolutiva expressa é conferir celeridade à liberação do credor diante da frustração do resultado útil esperado, observa-se um novo campo de expansão do mecanismo resolutivo por autotutela: as hipóteses de resolução por onerosidade excessiva, previstas no art. 478, do Código Civil³⁰⁹. Embora não se trate de situação decorrente de inadimplemento contratual, objeto deste trabalho, nem tampouco de impossibilidade do objeto, mas de uma dificuldade excessiva no seu cumprimento, decorrente de fato alheio à conduta das partes, é certo que esse cenário configura uma situação propícia à aplicação da cláusula resolutiva expressa³¹⁰. Se não é possível a revisão e a conservação do negócio jurídico, o contratante excessivamente onerado pode se utilizar da cláusula resolutória para se desvincular da avença e resolver o contrato, desde que o evento de onerosidade excessiva esteja previsto prévia, expressa e detalhadamente na cláusula.

Por fim, é plenamente aplicável a resolução extrajudicial nos casos de inadimplemento antecipado, tema explorado com maior profundidade no segundo capítulo deste trabalho. Trata-se de situação que, embora fora estipulado um termo para o cumprimento da obrigação, torna-se evidente, antes do vencimento, que a relação jurídica não tem mais condições de produzir os efeitos programados pelas

³⁰⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde e BANDEIRA, Paula Greco. *In*: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**. Belo Horizonte, Fórum, 2016. p. 98.

³⁰⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula Resolutiva Expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 304.

³⁰⁹ Conforme Previsto em BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, que institui o Código Civil, art. 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

³¹⁰ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 305.

partes e se revela inútil ao credor³¹¹. Nesses casos, não se justifica exigir que o credor aguarde a chegada do termo para exercer a cláusula resolutiva expressa, pois tal exigência representaria um formalismo excessivo, incompatível com a concepção contemporânea da obrigação como um processo voltado à concretização do resultado útil contratado³¹².

É imprescindível a identificação do suporte fático do inadimplemento anterior ao termo para que seja legítima a aplicação da cláusula resolutória. Para tanto, deve-se analisar os comportamentos do devedor, que podem ser comissivos ou omissivos, bem como decorrer de manifestação expressa ou tácita de sua parte, no sentido de não querer ou não poder adimplir a obrigação.

Considera-se manifestação expressa aquela em que o devedor declara, de forma inequívoca, que a prestação não será cumprida, não resta dúvidas quanto à sua intenção. Essa manifestação de vontade deve ser séria, revestida de elevado grau de certeza e definitividade, além de estar livre de vícios. A manifestação tácita exige que, a partir do comportamento do devedor, possa-se inferir, com probabilidade próxima à certeza, que o cumprimento da obrigação não ocorrerá.

Aline de Miranda Valverde Terra expõe que a violação impetrada pode ser da prestação devida como também de deveres de conduta ligados de forma estreita à prestação devida que obstem seu adimplemento, dá-se como exemplo a situação na qual antes do termo convencionado entre as partes, o pintor aliena a terceiro a tela exclusiva que lhe fora encomendada por outro cliente, viola o dever de exclusividade, pois ainda que pinte tela similar, o dever de conduta de não agir de modo a reproduzir a mesma tela para outro cliente foi violado, atingiu diretamente a prestação devida e, conseqüentemente o resultado útil e o interesse do credor em seguir com a contratação³¹³.

Além disso, o devedor pode agir de forma comissiva ou omissiva, de modo a obstaculizar de forma evidente o adimplemento no prazo pactuado, o que pode ensejar a perda da utilidade da prestação para o credor. É certo que, em todas as situações, seja por declaração expressa ou tácita de não cumprimento da prestação, pela prática de atos que impeçam o adimplemento nos termos pactuados, ou ainda

³¹¹ VILLELA, João Baptista. Inadimplemento contratual antecipado. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 43, p. 104-106, 1977.

³¹² SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³¹³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 112.

pela omissão quanto a comportamentos essenciais à satisfação da obrigação, desde que verificada a seriedade da conduta ou da omissão e constatada a alta probabilidade, próxima à certeza, do inadimplemento do devedor, torna-se legítima a utilização da cláusula resolutiva expressa. Nesses casos, ainda que o termo não tenha sido alcançado e o inadimplemento estiver previsto na base fática da cláusula, justifica-se a resolução do contrato, com a liberação das partes e a produção dos efeitos jurídicos decorrentes. Nessas situações, o termo deixa de merecer tutela do ordenamento jurídico e a prestação passa a ser exigível de forma imediata, autorizando o credor a resolver a relação obrigacional³¹⁴.

Expostas algumas situações que ilustram a aplicação da cláusula resolutória, cumpre esclarecer que não se pretende, com o presente trabalho, esgotar os cenários em que sua utilização é possível e útil, mas combater sua subutilização e incentivar a reflexão sobre a sua tendência expansiva. Nesse sentido, desde que observados os requisitos para os quais foi concebida, e sem perder de vista a sua função precípua, de viabilizar a desvinculação das partes em situações expressamente previstas e correspondentes à inutilidade da prestação devida, busca-se demonstrar que a cláusula resolutória pode ser um mecanismo mais bem explorado pelas partes e sua autonomia e abrangência devem ser reconhecidos pelo Judiciário.

3.2.4 Vedação do exercício abusivo da resolução pelo credor

O direito de operacionalizar a cláusula resolutiva expressa e resolver a avença constitui um direito potestativo do credor, ao qual o devedor se sujeita; porém, além dos pressupostos elencados como essenciais para manusear a cláusula resolutória, é imprescindível averiguar se o exercício do direito pelo credor é legítimo. Para tanto, retoma-se o conceito de abuso de direito, previsto no art. 187, do Código Civil, segundo o qual, o ato abusivo seria aquele que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Dessa forma, no ato abusivo, o titular de um direito conferido de forma regular pelo

³¹⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 129.

ordenamento jurídico exerce-o com excesso, de forma contrária à sua proposta axiológica, funcional ou teleológica³¹⁵.

Portanto, impõe-se averiguar se o credor, titular do direito potestativo de resolver a relação jurídica, exerce o direito que lhe foi conferido de forma proporcional à finalidade pretendida e dentro dos parâmetros da boa-fé objetiva, observa os limites do fim econômico e social, sob pena de identificação da abusividade em sua conduta. Um exemplo ilustrativo é a hipótese de adimplemento substancial, circunstância na qual a resolução da relação obrigacional se mostra abusiva, pois se trata de execução da prestação tão próxima ao acordado que não compromete o sinalagma, e não justifica, portanto, a resolução do contrato³¹⁶.

Esclarece-se que, nos casos de adimplemento substancial, o credor poderá pleitear indenização a título de perdas e danos pela parte da obrigação que não foi cumprida; no entanto, o inadimplemento mínimo deve ser compreendido como inadimplemento relativo, uma vez que o descumprimento de parcela ínfima da obrigação não compromete a utilidade final perseguida com o contrato. Nessas hipóteses, não se justifica a resolução do vínculo, pois não há frustração do resultado útil que legitime o exercício da cláusula resolutiva.

Nesse sentido caminha o Projeto de Lei nº. 4, de 2025, que versa expressamente sobre as situações de adimplemento substancial, ao prever no art. 475-A³¹⁷, que o adimplemento substancial do contrato pelo devedor pode ser oposto ao credor, evitando a resolução. Contudo, em que pese o Projeto de Lei tenha inovado ao dispor sobre a figura do adimplemento substancial, que até então era uma construção da doutrina e jurisprudência, dentre os incisos que dispõem sobre mencionada figura consta que, para a resolução ser obstada e a alegação de adimplemento substancial aceita, deve se observar, especialmente, a proporção da prestação satisfeita em relação à parcela inadimplida, o interesse útil do credor na

³¹⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 160.

³¹⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 162.

³¹⁷ Segue redação completa do artigo 475-A, prevista em BRASIL. Projeto de Lei nº. 4, de 2025, art. 475-A: O adimplemento substancial do contrato pelo devedor pode ser oposto ao credor, evitando a resolução, observando-se especialmente: I - a proporção da prestação satisfeita em relação à parcela inadimplida; II - o interesse útil do credor na efetivação da prestação; III - a tutela da confiança legítima gerada pelos comportamentos das partes; IV - a possibilidade de conservação do contrato, em prol de sua função social e econômica. Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta eventual pretensão do credor pela reparação por perdas e danos.

efetivação da prestação, a tutela da confiança legítima gerada pelos comportamentos das partes e a possibilidade de conservação do contrato, em prol de sua função social e econômica.

Quanto à primeira justificativa, conforme desenvolvido no segundo capítulo, o adimplemento substancial não deve ser avaliado sob uma perspectiva meramente quantitativa³¹⁸, isto é, pela proporção aritmética do descumprimento, mas por uma análise qualitativa e funcional da obrigação. O critério determinante é o impacto do inadimplemento sobre o resultado contratual, que deve ser ínfimo para que se reconheça o adimplemento substancial, ainda que, do ponto de vista quantitativo, a parcela inadimplida não seja irrelevante. O que realmente importa é a relevância funcional da parte descumprida. Assim, a avaliação da proporção entre a parte adimplida e a inadimplida deve considerar o grau de comprometimento da utilidade da prestação devida. A segunda justificativa se refere à preservação do interesse útil do credor na prestação, isto é, à permanência do vínculo obrigacional apenas enquanto subsistir interesse legítimo do credor em sua manutenção. Por fim, as duas últimas justificativas — a tutela da confiança e o princípio da conservação do contrato — atuam como balizas interpretativas da relação obrigacional e devem ser consideradas em conjunto com os dois primeiros critérios.

Portanto, observa-se que a vedação à resolução nos casos de adimplemento substancial se alinha às melhores tendências do Direito das Obrigações no plano normativo, especialmente ao privilegiar uma análise funcional da obrigação, centrada na realização do resultado útil pactuado e na preservação do equilíbrio contratual.

Ao retomar as consequências do exercício abusivo do direito potestativo de resolução contratual pelo credor, o Projeto de Lei nº. 4, de 2025, reconhece expressamente a possibilidade de o devedor pleitear eventuais perdas e danos sofridos, conforme disposto no parágrafo único do art. 475-A. No Código Civil, essa prerrogativa decorre do art. 927, que trata da obrigação de indenizar nos casos de ato ilícito. Além disso, o devedor pode recorrer à tutela específica da obrigação³¹⁹, oferecer o adimplemento devido, insurgir-se contra a resolução e buscar a declaração

³¹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. Belo Horizonte: **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, jan./mar. 2017, v. 11, p. 102.

³¹⁹ Sobre a tutela específica da obrigação diante do abuso de direito: SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 79, abr./jun. 2012.

de nulidade do ato resolutivo, com o objetivo de restabelecer o vínculo jurídico rompido de forma ilegítima.

Portanto, é evidente que a cláusula resolutória expressa facilita a desvinculação das partes, notadamente pela celeridade de seu manuseio e pelos efeitos imediatos que produz. No entanto, o exercício desse direito encontra limites, os quais devem ser rigorosamente observados, sob pena de o credor responder pelos excessos cometidos e, inclusive, ver restabelecida a relação jurídica indevidamente desfeita.

3.3 Novos rumos do direito de retenção: necessidade de fortalecimento da autotutela executiva

Segundo levantamento do CNJ, o número de processos em tramitação pendentes de julgamento, ao considerar a data base de 31 de janeiro de 2025, totalizava 79.792.122 processos; houve uma entrada, apenas no mês de janeiro de 2025, de 2.426.262 novos processos. Destes, 17.498.489 processos estão suspensos, existindo 62.293.633 demandas em análise na Justiça brasileira.

No tocante ao número de processos de execuções pendentes, observa-se que até 31 de janeiro de 2025, ao considerar apenas os tribunais estaduais, federais e superiores, excluídas, portanto, as justiças especializadas, bem como execuções fiscais, que totalizam 59% de todas as execuções pendentes³²⁰, as execuções judiciais e extrajudiciais não fiscais em trâmite totalizam 13.650.546 processos em andamento, das quais, ao se excluir os processos suspensos, conta-se o montante de 10.760.555 de processos líquidos para execução³²¹. Observa-se, que os processos em andamento em fase de execução, com as exclusões da matéria fiscal e dos processos em trâmite nos tribunais especiais, representam mais de 17% das demandas judiciais atuais. Destes, apenas 2.138.976 processos estão conclusos para julgamento em 31 de janeiro de 2025, o que mostra que o percentual de 85% das execuções não fiscais se encontra congestionado no Judiciário.

Diante desse quadro, resta evidente o alto volume de execuções em tramitação, que representam parcela expressiva do número total e atual de processos

³²⁰ BRASIL. CNJ. **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024, p. 22. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2025.

³²¹ BRASIL. CNJ. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2025. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em: 17 mai. 2025.

em trâmite no Judiciário, mas, mais do que isso, chama a atenção para a necessidade de se rediscutir a tutela executiva na Justiça brasileira, visando a otimizar a eficiência da atuação da jurisdição estatal.

Nesse contexto, marcado, de um lado, pela sobrecarga do Poder Judiciário em razão do elevado volume de processos executivos e, de outro, pela possibilidade de exercício da autonomia privada pelas partes, especialmente para a estipulação de mecanismos convencionais de autotutela, os instrumentos de autotutela executiva ganham relevo e se apresentam como meios necessários à tutela efetiva de direitos e à satisfação dos interesses envolvidos. Torna-se, portanto, urgente repensar o modelo de Justiça, reconhece-se não apenas os operadores do sistema judicial como protagonistas da defesa de direitos, mas também os usuários da justiça como agentes ativos na construção de soluções jurídicas mais eficientes³²².

No cenário de autotutela executiva, Felipe Antônio Marchi Levada denomina “garantias autoexecutáveis” todas aquelas que, sob o ponto de vista funcional, de maneira direta ou indireta, por conduta ativa ou passiva, em momento anterior ou posterior ao inadimplemento, atingem a finalidade prática de garantir a obrigação sem necessidade de atuação jurisdicional em um primeiro momento, seja ao forçar um adimplemento, possibilitar o autopagamento ou permitir a excussão e a tomada de bem para satisfação do crédito³²³.

A partir das garantias autoexecutáveis, a lógica executiva das garantias é alterada, pois em vez das garantias apenas se concretizarem com o auxílio do Poder Judiciário, passam a ter efeito prático por ato executório do credor, seja ao utilizá-las como mecanismo conservativo-cautelar ou satisfativo na relação obrigacional.

Diante das discussões acerca da necessidade de estruturação de um sistema eficiente de garantias, destaca-se a pouca atenção conferida ao direito de retenção pela doutrina e jurisprudência brasileiras, o que não condiz com a relevância prática e teórica do instituto. Primeiramente, observa-se que o termo *retenção* não é sempre empregado em seu sentido técnico quando mencionado no Código Civil. Originariamente, reter é o direito de alguém conservar sob seu poder um ou mais bens do devedor até que este satisfaça uma obrigação específica. Para além da apreensão

³²² RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. **Justitia**, São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 121-127, 2001.

³²³ LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias Autoexecutáveis**. 2021. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 172.

física da coisa, é imprescindível que haja vinculação direta da coisa dada em garantia com o pagamento de determinado crédito; contudo, o direito de retenção, da forma disposta pelo legislador brasileiro, refere-se tanto à função cautelar de conservar o bem sob poder do credor até o adimplemento do devedor, como também à possibilidade de satisfação do crédito por meio da execução extrajudicial da garantia, o que indica a definitividade da retenção.

Portanto, diante da ausência de um tratamento sistemático conferido ao direito de retenção pelo legislador, propõe-se dividi-lo em dois grupos, conforme tutele ou não o direito de retenção em sentido técnico³²⁴. Alguns exemplos de retenção empregados em seu sentido atípico podem ser representados pelo art. 418, do Código Civil, ao prever que as arras confirmatórias podem ser retidas em caráter definitivo na situação em que o descumprimento contratual se der pelo devedor; o art. 740, parágrafo terceiro, do referido diploma, ao mencionar que no contrato de transporte de pessoas é assegurada a retenção pelo transportador de percentual de até cinco por cento do valor a ser restituído ao passageiro a título de multa compensatória; e o art. 527, que versa sobre a possibilidade de o vendedor da coisa com reserva de domínio reter parte das prestações pagas pelo comprador para cobrir os prejuízos decorrentes da mora do devedor. Como exemplos do emprego do instituto da retenção em sua concepção típica, cita-se a previsão dos arts. 571 e 578, ambos do Código Civil: o primeiro assegura que o locatário possa reter a coisa enquanto não for ressarcido das perdas e danos resultantes do rompimento do contrato pelo locador antes de decorrido o prazo inicial da locação; e o segundo confere o exercício do direito de retenção ao locatário até o reembolso das benfeitorias necessárias e úteis pelo locador, estas últimas, desde que feitas com consentimento deste.

Ainda que se empregue esforço sistemático para entender a estrutura e a função da retenção, restam inúmeras dúvidas a serem respondidas. Com relação ao conjunto de medidas jurídicas associadas à retenção em seu caráter típico, questiona-se: quais seriam exatamente os requisitos do direito de retenção? Qual seria o regime de responsabilidade aplicável ao retentor pela conservação e riscos da coisa? Ao retentor é possível colher os frutos do bem durante o período de retenção? Por outro lado, no tocante aos instrumentos atípicos de retenção, indaga-se acerca da

³²⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civillistica.com/notas-sobre-o-cabimento-do-direito-de-retencao/>. Acesso em: 13 mar. 2025.

possibilidade de utilização da retenção para situações não previstas expressamente na lei, porém que apresente a mesma lógica estipulada³²⁵.

Para ilustrar a falta de uniformidade nos entendimentos acerca do âmbito de incidência do mecanismo de retenção, bem como a má compreensão do instituto da autotutela, menciona-se o Recurso Especial nº. 1.628.385/ES que, em linhas gerais, origina-se do ajuizamento de ação de reintegração de posse por GAPME Assessoria Empresarial Ltda. contra Kurumá Veículos Ltda. A autora da ação, proprietária do veículo junto à ré, deixou-o com a ré para consertos mecânicos do motor. Ao apresentar a fatura para pagamento pela autora, esta informou que o serviço estaria coberto pela garantia contratual trienal.

Diante da recusa da proprietária do veículo em pagar pelos serviços prestados, a empresa ré reteve o veículo e condicionou sua devolução ao pagamento devido. A proprietária do veículo ingressou com ação de reintegração de posse do veículo, e afirmou que a conduta da parte ré configurava esbulho possessório. A defesa da ré alegou que o serviço não estava coberto pela garantia, por decorrer do mau uso do veículo e da utilização de combustível de baixa qualidade, sendo que a proprietária do veículo autorizou os serviços sabendo dessa informação, o que foi acolhido em primeira instância, bem como no tocante ao fundamento do cabimento da retenção, alegou-se a configuração da posse justa, por não ser violenta, clandestina nem precária, enquadrou-se na hipótese do art. 1.200, do Código Civil e atraiu a incidência do art. 1.219, do referido diploma, que autoriza o possuidor de boa-fé a reter o bem até o recebimento pelas benfeitorias realizadas.

Em sentença proferida primeira instância³²⁶, o juiz acolheu a tese da defesa e julgou improcedente a ação de reintegração de posse; alegou na fundamentação de sua decisão, que houve um equívoco pela ré ao invocar o art. 1.219, do Código Civil, uma vez que o direito de retenção decorre da simples prestação do serviço não pago, dado que houve autorização expressa da autora, via e-mail, para a realização do serviço.

³²⁵ SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-o-cabimento-do-direito-de-retencao/>. Acesso em: 13 mar. 2025.

³²⁶ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (4ª Vara Cível de Vitória), Processo nº. 0001009-77.2010.8.08.0024, Juiz de Direito Mauricio Camatta Rangel, Data de Julgamento: 27 de mar. 2012.

Embora inexista um regime jurídico sistematizado sobre o direito de retenção, com definição clara de sua *ratio* e sem previsão restritiva de suas hipóteses de aplicação, a decisão de primeiro grau analisada adotou entendimento no sentido de atribuir ao instituto uma finalidade ampliada, e reconheceu a possibilidade de sua incidência em casos não tipificados. Concluiu-se, assim, pela licitude da ampliação de seu uso para outras situações, sem que fosse necessário adentrar na discussão sobre os elementos configuradores da posse, tradicionalmente exigidos para o reconhecimento do direito de retenção.

A decisão em primeira instância foi reformada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, em julgamento unânime, concluiu pela procedência da ação de reintegração de posse ajuizada pela proprietária do veículo, entrando no mérito da não configuração da posse pela parte ré, o que inviabilizaria o exercício do direito de retenção. Portanto, observa-se que os requisitos considerados para a aplicação do direito de retenção em primeira instância divergiram significativamente daqueles apontados pelo Tribunal. Tal discrepância evidencia a ausência de consenso e de uniformidade quanto às características, aos requisitos e à abrangência do instituto, o que reforça a escassa atenção conferida ao direito de retenção no cenário jurídico atual.

Por fim, no acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³²⁷, concluiu-se, por unanimidade, também pela procedência do pleito de reintegração de posse, entendendo-se pela ausência de configuração de posse hábil que justificasse o direito de retenção. Dentre as argumentações utilizadas pelo STJ,

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.628.385/ES, 3ª T., Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de julgamento: 22 de ago. 2017. Ementa: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VEÍCULO. REPARO. SERVIÇO CONTRATADO. PAGAMENTO. RECUSA. DIREITO DE RETENÇÃO. CONCESSIONÁRIA. BENFEITORIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSE DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA. DETENÇÃO DO BEM.

1. A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em definir se a oficina mecânica que realizou reparos em veículo, com autorização de seu proprietário, pode reter o bem por falta de pagamento do serviço ou se tal ato configura esbulho, ensejador de demanda possessória.

2. O direito de retenção decorrente da realização de benfeitoria no bem, hipótese excepcional de autotutela prevista no ordenamento jurídico pátrio, só pode ser invocado pelo possuidor de boa-fé, por expressa disposição do art. 1.219 do Código Civil de 2002.

3. Nos termos do art. 1.196 do Código Civil de 2002, possuidor é aquele que pode exercer algum dos poderes inerentes à propriedade, circunstância não configurada na espécie.

4. Na hipótese, o veículo foi deixado na concessionária pela proprietária somente para a realização de reparos, sem que isso conferisse à recorrente sua posse. A concessionária teve somente a detenção do bem, que ficou sob sua custódia por determinação e liberalidade da proprietária, em uma espécie de vínculo de subordinação.

5. O direito de retenção, sob a justificativa de realização de benfeitoria no bem, não pode ser invocado por aquele que possui tão somente a detenção do bem.

6. Recurso especial conhecido e não provido.”

concluiu-se que o direito de retenção é hipótese excepcional de autotutela prevista no ordenamento jurídico pátrio. Em seu voto, o relator sustenta que “A situação prevista no referido dispositivo legal³²⁸ é, segundo a doutrina, uma das raras hipóteses de autotutela permitidas no ordenamento jurídico pátrio, em que o particular pode exercer pessoalmente a tutela de seus interesses, sem a necessidade da intervenção do Estado-Juiz”, o que demonstra que a própria concepção de autotutela do referido Tribunal não relaciona seus fundamentos à autonomia negocial das partes, deixa de seguir os contornos contemporâneos das tendências do Direito Civil, especialmente representada pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/2019), que reforça a valorização da autonomia privada como pilar central para as decisões na esfera privada.

Ao contrário, além de não ter realizado uma interpretação do caso considerando a *ratio* do direito de retenção, averiguando sua similaridade com a situação em tela, bem como os ditames da boa-fé, o voto do relator, acompanhado pelos demais ministros, emprega uma visão ultrapassada de autotutela, relaciona-a à justiça com as próprias mãos e defende o seu uso apenas em caráter excepcional, o que se pretendeu combater e desconstruir com as argumentações sustentadas no primeiro capítulo deste trabalho.

3.3.1 Proibição do pacto comissório à licitude do pacto marciano: expansão dos instrumentos de autotutela executiva

Com base na classificação proposta por Rodrigo da Guia Silva³²⁹, que subdivide o direito de retenção em instrumentos típicos e atípicos conforme sua finalidade — se meramente coercitiva, visando compelir o devedor ao adimplemento da obrigação, ou satisfativa, permitindo a apropriação do bem vinculado à dívida para a sua quitação — passa-se à análise do Pacto Comissório e do Pacto Marciano. Ambos são considerados instrumentos atípicos de retenção, justamente por desempenharem função satisfativa quando acionados.

³²⁸ Aqui, ele está se referindo ao artigo 1.219, do Código Civil, que prevê o seguinte: O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

³²⁹ SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-o-cabimento-do-direito-de-retencao/>. Acesso em: 13 mar. 2025.

Como mencionado, o pacto comissório e o pacto marciano implicam geralmente na apropriação, pelo credor, da coisa dada em garantia pelo devedor. No pacto comissório, se operada a apropriação do bem, a relação obrigacional se extingue integralmente. No pacto marciano, prevê-se a avaliação do bem por terceiro especializado, de modo que, caso o valor atribuído ao bem seja superior ao montante da dívida, o devedor tem direito à restituição da diferença, evita-se, assim, o enriquecimento sem causa por parte do credor.

A vedação do pacto comissório remonta ao Direito Romano, mais precisamente à Constituição de Constantino, de 324 d.C.³³⁰, na qual se nota o primeiro registro de sua proibição. Naquele período da história, o Pacto Comissório era admitido nos contratos de garantia, permitia ao credor a apropriação do bem dado em garantia como forma de satisfação do crédito; contudo, esse arranjo contratual foi progressivamente abandonado, em razão de objeções de natureza ética, sobretudo aquelas associadas à proibição da usura, fundamentadas em preceitos cristãos vigentes à época.

Diante da proibição do pacto comissório no Direito Romano, a satisfação do crédito passou a ser viabilizada por outros mecanismos, os quais também previam a transferência da propriedade do bem dado em garantia ao credor. Nesse contexto, ganhou destaque a figura do pacto marciano, concebido pelo jurista romano Elio Marciano. O pacto marciano foi concebido como uma modalidade do pacto comissório, distinguia-se deste por prever, em caso de diferença positiva, o pagamento ao devedor do valor excedente entre o bem dado em garantia e o montante da dívida³³¹. Trata-se, portanto, de um mecanismo que busca corrigir os excessos da *lex commissoria*, conferindo maior equilíbrio à relação contratual.

Assim como no Direito Romano, o Pacto Comissório é vedado expressamente em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do Código Civil italiano, que estipula, no art. 2.744³³², a vedação do pacto ao dispor que, em caso de inadimplemento, a propriedade do bem passa automaticamente ao devedor, e do Código Civil brasileiro, nos arts. 1.365 e 1.428; a primeira disposição referente ao ambiente de alienação

³³⁰ LUMINOSO, Angelo. Patto comissório, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. **Rivista di Diritti Civile**. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, ano LXIII, n. 1., p. 10-32., 2017.

³³¹ LUMINOSO, Angelo. Patto comissório, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. **Rivista di Diritti Civile**. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, ano LXIII, n. 1., p. 10-32., 2017.

³³² “Art. 2.744, Divieto del patto comissório: È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell’ipoteca o del pegno”.

fiduciária em garantia, prevê ser nula cláusula que permite que o credor fiduciário fique com o bem objeto da garantia; e a segunda estabelece a mesma lógica ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético. Percebe-se que a *ratio* de todas as disposições, seja do Direito italiano ou do Direito brasileiro, é a mesma: vedar a apropriação pelo credor do bem dado em garantia pelo devedor, em razão do inadimplemento deste, evita-se que o credor se aproprie de eventual diferença do maior valor do bem em relação ao valor da dívida³³³.

Por outro lado, o desenvolvimento da figura do Pacto Marciano ocorre, em princípio, por meio da construção jurisprudencial e doutrinária antes de sua contemplação normativa. As primeiras normativas que dispuseram sobre o Pacto Marciano foram as diretivas da União Europeia, mais precisamente a Diretiva 47/2002-CE, que, posteriormente, foi modificada pela Diretiva 44/2009-CE; admitiu-se, em seu art. 4º, a constituição de garantias reais que possam ser apropriadas pelo credor diretamente, desde que mediante prévio acordo entre as partes nos contratos de financiamento, que também devem dispor sobre a avaliação da garantia financeira. Nota-se, assim, uma nítida abertura no âmbito da regulação das garantias financeiras para a excussão direta das garantias por meio do exercício da autotutela convencional entre as partes.

No tocante ao desenvolvimento do tema no Direito italiano³³⁴, observa-se a relevância da Sentença 1625, de 16 de janeiro de 2015, proferida pela Corte de Cassação italiana, para a construção do conceito do Pacto Marciano, de sua diferenciação do Pacto Comissório, bem como da exposição do motivo justificador para a vedação do Pacto Comissório pelo Direito. A doutrina italiana³³⁵ destaca que das últimas decisões mais importantes da Corte de Cassação italiana sobre o Pacto Marciano podem ser extraídas três diretrizes em direção à reconstrução do Pacto Marciano “útil”: a primeira seria a necessidade de o credor restituir ao devedor

³³³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 7.

³³⁴ A figura do Pacto Marciano não foi contemplada pelo Código Civil italiano, contudo, foi inserido no sistema bancário figuras ou mecanismos específicos que confirmam a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido da licitude do Pacto Marciano, motivo pelo qual, a doutrina italiana se apegue às disposições desse setor para justificar a legitimidade no uso do Pacto Marciano em outros campos, utilizando a mesma *ratio*. Contudo, indica que seria interessante a modificação do Código Civil para refletir a inserção do Pacto Marciano no direito comum. Nesse sentido, menciona-se LUMINOSO, Angelo. *Patto marciano e sottotipi*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, ano LXIII, n. 6, p. 1.398 *et seq.*, 2017.

³³⁵ Cita-se: DOLMETTA, Aldo Angelo. *La ricerca del “marciano utile”*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, año LXIII, n. 4, p. 811 *et seq.*, 2017.

eventual saldo remanescente decorrente do valor do bem transferido em garantia³³⁶; a segunda e a terceira, por serem desdobramentos da primeira, consistem na determinação do valor do bem por um perito especializado e imparcial indicado de comum acordo pelas partes, que deve ser feita apenas após o vencimento da obrigação garantida; isto é, há violação do Pacto Marciano se a avaliação do bem for feita em momento anterior ao vencimento da dívida, dado que a coisa pode ser valorizada ou depreciada conforme o momento de sua perícia.

Assim, segundo a jurisprudência e doutrina italianas, presentes os requisitos ora mencionados, estar-se-ia diante da figura do Pacto Marciano *útil*, sendo que referidos requisitos reforçam também a *ratio* da vedação do Pacto Comissório; portanto, por meio do Pacto Marciano legítimo, o credor pode adquirir a propriedade do bem que é concedido em garantia, tendo a obrigação de devolver eventual valor em excesso do bem em relação ao crédito devido, valor este que sempre será estimado por um terceiro especializado e imparcial, escolhido pelas partes, em momento posterior ao inadimplemento.

Ressalta-se que a autotutela executória pressupõe o agir das partes sem intervenção judicial, *a priori*; contudo, caso o devedor se sinta prejudicado pela avaliação do bem, poderá impugnar judicialmente o laudo de avaliação, pois ao devedor é sempre conferido o poder de contestação da autotutela que, se exercida de forma desproporcional, terá seus excessos corrigidos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, a observância dos requisitos para a identificação do Pacto Marciano *útil* afasta a concepção ultrapassada da autotutela como meio de justiça privada e arbitrária, pois ainda que não haja a apreciação judicial, há procedimentos a serem observados para que a execução seja lícita.

Ademais, como mecanismo de autotutela executiva, o Pacto Marciano constitui um instrumento célere e simplificado para a tutela do crédito e para combater o inadimplemento, apresentando vantagens inclusive ao devedor, ao assegurar a adequada e imparcial avaliação do bem. A venda do bem dado em garantia pelo

³³⁶ Segundo THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Autotutela Executiva: Execução Extrajudicial Positivada**. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 86/87, a doutrina brasileira acompanha a doutrina italiana quanto aos requisitos necessários para a configuração do Pacto Comissório, sendo o único ponto de divergência o fato de a doutrina brasileira não cogitar o efeito extintivo da dívida caso o valor do bem dado em garantia seja inferior ao valor da dívida. Nesse caso, o devedor continua obrigado pelo saldo remanescente, ressalvadas exceções feitas expressamente pela legislação, como nas situações de financiamentos pelo sistema financeiro de habitação, conforme disposto no artigo 7º, da Lei 5.741/1971.

credor acaba por favorecer o devedor, uma vez que a venda judicial, no âmbito do processo de execução, apresenta-se lenta e ineficiente, e gera uma imobilização improdutiva do bem por prazo excessivo, além de não assegurar que o bem seja vendido por preço adequado³³⁷.

No Direito brasileiro, por exemplo, está estabelecido, no art. 891, do Código de Processo Civil, localizado na subseção que versa sobre a alienação do bem, que “não será aceito lance que ofereça preço vil”. No parágrafo único do referido artigo, consta que por preço vil se entende o inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, “não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”; ou seja, a execução judicial não garante a observância da venda do bem pelo valor real de mercado, ao contrário do Pacto Marciano, que prevê que a venda deverá ocorrer pelo preço fixado pelo perito especializado determinado em comum acordo pelas partes, pautado por critérios objetivos, com utilização de métodos usuais de mercado³³⁸. Por esse motivo, afirma-se que além da facilidade de acesso ao crédito pelo devedor e da redução dos custos do processo de execução em si, a execução extrajudicial, corporificada na figura do Pacto Marciano, viabiliza um preço de venda mais justo do bem.

Logo, o devedor, além de ter conhecimento prévio do bem conferido a garantir a operação, tendo assegurada a previsibilidade nesse quesito, tem acesso a um preço mais justo em sua venda, caso a execução seja manejada. Ademais, além de se mostrar mais célere e eficiente, a execução extrajudicial contribui para a redução de custos nos financiamentos bancários, com a possibilidade de redução das taxas de juros e maior facilidade para o acesso ao crédito, como manifestado pelo Supremo Tribunal Federal³³⁹. Por fim, aos benefícios já mencionados trazidos pela execução

³³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Autotutela Executiva**: Execução Extrajudicial Positivada. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 59.

³³⁸ Nos dizeres de TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, jan./jun. 2017, p. 68: “Com o fito de apurar o que seria o “preço justo” do bem objeto da garantia, é necessário proceder à sua avaliação. Daí já se depreende o papel crucial da avaliação, que deve revestir-se de todas as cautelas necessárias para que desempenhe bem a função a que se destina: proteger o devedor e os credores quirografários, impedindo que o credor titular da garantia real fique com um bem cujo valor ultrapasse o da obrigação principal. Nessa direção, recomenda-se: (i) que a avaliação seja isenta e imparcial – sugere-se que seja levada a cabo por terceiro, indicado de comum acordo pelas partes; e (ii) que a avaliação seja pautada, tanto quanto possível, por critérios objetivos, com recurso aos métodos usuais de mercado”

³³⁹ Menciona-se o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 382.928/MG, em que se discute a recepção do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 911/69 pela Constituição Federal. O Ministro se manifestou no seguinte sentido: “Reconhecer a não recepção da norma em questão aumentaria a burocracia e os custos dos

extrajudicial do bem, soma-se a consequente redução dos processos executivos para cobrança de créditos, que se encontram em crise e congestionamento pelo alto volume de processos dessa natureza concentrados no Poder Judiciário, conforme demonstrado nos itens anteriores deste capítulo.

3.3.2 Viabilidade do pacto marciano no Direito brasileiro

O Decreto nº. 737, de 25 de novembro de 1850³⁴⁰, em seu art. 282, já previa a possibilidade de execução do penhor dado em garantia na seara da dívida mercantil, sendo que a doutrina apontava que no instrumento que constitui o penhor, as partes podem estipular que, uma vez vencida a dívida sem pagamento, o credor realize sua venda, seja diretamente ou por meio de corretor ou agente de leilão, deixando claro que com a venda do produto irá se pagar até o limite da dívida³⁴¹.

No Direito civil, o Código Civil de 1916 regulou a figura do penhor no art. 774, III, ao dispor que o credor pignoratício é obrigado “a entregar o que sobeje de preço, quando a dívida for paga, seja por excussão judicial, ou por venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração especial”. É relevante observar, que no art. 765 do Código Civil de 1916, há vedação expressa da apropriação pelo credor pignoratício anticrético ou hipotecário do objeto da garantia se a dívida não for paga em seu vencimento, sendo considerada nula a cláusula contratual que a viabilize. Nota-se que desde a codificação de 1916, a figura do Pacto Comissório é proibida, porém, por outro lado, figuras que podem ser

contratos de financiamento bancário, com aumento das taxas de juros para acobertar riscos com a operação, apresentando-se como entrave ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país, bem como restrição ao exercício da livre iniciativa, sobretudo nas áreas mais carentes de recursos e maquinários. Reconhecer a não recepção da norma em questão aumentaria a burocracia e os custos dos contratos de financiamento bancário, com aumento das taxas de juros para acobertar riscos com a operação, apresentando-se como entrave ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país, bem como restrição ao exercício da livre iniciativa, sobretudo nas áreas mais carentes de recursos e maquinários. Isso porque, como se sabe, para garantir a disponibilização de crédito no mercado financeiro a juros mais baixos, deve-se diminuir os custos do contrato e aumentar as garantias bancárias. Para viabilizar esse fluxo financeiro, a legislação ordinária prevê procedimentos mais céleres e eficazes para satisfazer eventual dívida contraída com o agente financeiro sobre o bem dado em garantia.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 382928/MG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 22 de set. 2020)

³⁴⁰ BRASIL. **Decreto nº. 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial.

³⁴¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. VI, 5. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 630.

reconduzidas à lógica do Pacto Marciano são permitidas e estão presentes na normativa brasileira desde o século XIX.

No tocante às modalidades de garantia, na década de 1960, no intuito de conceber garantias mais eficientes, surgiu, na legislação brasileira, a regulamentação da alienação fiduciária em garantia de bens móveis, instituída no art. 66, da Lei nº. 4.728/1965, alterada, posteriormente, pelo Decreto-lei nº. 911/1969. As disposições legais viabilizam que a coisa dada em garantia transfira ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta do bem, prescindindo de sua tradição efetiva, e o alienante passa a desempenhar, ao mesmo tempo, os papéis de devedor, depositário e possuidor direto do bem. No caso de inadimplemento ou mora do devedor, está previsto no art. 2º., do referido Decreto, que:

[...] o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas³⁴².

Identifica-se, assim, a semelhança da lógica do Pacto Marciano ao compará-lo com os requisitos previstos para a alienação extrajudicial de bem móvel, trazida pelo Decreto. Na mesma linha traçada pelo Decreto-lei nº. 911/1969, porém referente à alienação fiduciária de bens imóveis, outras normativas foram editadas para regulamentar figuras de execução extrajudicial que se encaixam perfeitamente na sistemática do Pacto Marciano, como o Decreto-lei nº. 70/1966, que passa a regular o funcionamento de associações de poupança e empréstimo compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação. Em seu art. 9º., o Decreto dispõe sobre a possibilidade de se instituir garantia hipotecária nos contratos de empréstimo, para que, em caso de inadimplemento do devedor, possa-se executar extrajudicialmente a cédula hipotecária, conforme preceitua o art. 29 e seguintes, posteriormente revogados pela Lei nº. 14.711/2023, conhecida como Marco Legal das Garantias, que passou a dispor sobre a execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca.

Interessa notar que a mencionada Lei nº. 14.711/2023, decorrente da aprovação do Projeto de Lei nº. 4.188/2021, buscou a ampliação e desburocratização

³⁴² BRASIL. **Decreto-Lei nº. 911, de 1º. de Outubro de 1969.** Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências.

dos mecanismos da execução extrajudicial das garantias, por abrir espaço para o uso de um mesmo imóvel como garantia em mais de uma transação; estabeleceu procedimentos de execução extrajudicial de dívidas garantidas por meio de alienação fiduciária de bens móveis, que passaram a poder ser feitas por meio de cartórios e órgãos de trânsito; bem como estipulou a execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, dentre outras inovações. Com a ampliação gradativa do uso dos mecanismos e procedimentos previstos a partir do Marco Legal das Garantias, a tendência aponta para a redução do custo do crédito e da inadimplência no País, uma vez aprimoradas as regras de garantias a serem dadas em empréstimos e a facilitação da retomada de bens.

Pelo que foi exposto até o presente momento, pode-se concluir que embora não se tenha prevista uma cláusula expressa que contemple e regule a figura do Pacto Marciano no Direito brasileiro, observa-se que a legislação está permeada de mecanismos de autossatisfação do crédito pelo credor, que podem ser enquadrados no modelo do Pacto Marciano, tendo em vista que a finalidade buscada com referidos instrumentos, bem como os requisitos exigidos, são os mesmos.

Nesse sentido, de admissibilidade do Pacto Marciano no Direito brasileiro, a jurisprudência nacional também acolhe em alguns julgados a validade desta figura. No âmbito do Conselho da Justiça Federal (CJF), destacam-se duas manifestações relevantes sobre sua validade, representados pelos Enunciados nº. 626³⁴³, da VIII Jornada de Direito Civil, que ocorreu em 2018, e o Enunciado nº. 118³⁴⁴, fruto da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do mesmo CJF, de 2021.

Conforme o Enunciado nº. 626:

Não afronta o art. 1.428 do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida).

Dentre as justificativas para o Enunciado, menciona-se que “Ao contrário do comissório, o pacto marciano, ao assegurar a aferição do justo valor do bem dado em

³⁴³ BRASIL. **VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF)**. Disponível em: <https://cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2025.

³⁴⁴ BRASIL. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial – CJF**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 16 mar. 2025.

garantia e a restituição do supérfluo, age como barreira de contenção aos abusos do credor, tutelando a vulnerabilidade do devedor”; visualiza a cláusula marciala como meio de proteger a comutatividade do sistema de garantias, na medida em que impede a fixação unilateral do preço pelo credor e a apropriação do bem, e serve como mecanismo de correção do Pacto Comissório, que promove verdadeiro desserviço e desvirtuamento do sistema de garantias.

O Enunciado nº. 118 dispõe que:

A autorização para que o credor aliene extrajudicialmente o objeto dado em garantia de seu crédito deve constar do respectivo contrato, que também determinará: (i) o preço mínimo para alienação, ou a necessidade de avaliação prévia do bem, a ser feita, por exemplo, em conjunto pelas partes ou avaliador por eles escolhido; e, (ii) a restituição ao devedor do excesso obtido com a venda, após quitação integral do débito. É sempre assegurado aos contratantes o direito de questionamento em juízo.

Há nítido reconhecimento, pelo CJF, da autonomia privada das Partes para determinar a possibilidade de o credor alienar extrajudicialmente o objeto da garantia ofertada pelo devedor ou terceiro, conforme preceitua a Justificativa deste Enunciado. Como trazido no Enunciado, as regras da alienação devem constar no contrato, eventuais abusos, se identificados, devem ser coibidos judicialmente. Indica-se, adicionalmente, exemplos presentes no Código Civil como base legal a justificar o posicionamento sustentado, como a possibilidade de alienação extrajudicial de bens imóveis em geral (arts. 1506 e 1.507) e do credor receber valores consubstanciados nos títulos de créditos dados em penhor (arts 1.459, IV e 1.455, parágrafo único).

Portanto, resta claro que o Pacto Marciala não infringe as razões que determinam a vedação do Pacto Comissório, ao contrário, é uma solução corretiva e lícita do Pacto Comissório, merecedor de tutela, mesmo não encontrando previsão expressa em lei. Ademais, é uma forma célere, justa e eficaz de satisfação do crédito, cabe somente às partes, no exercício de sua autonomia privada, optar ou não por convencioná-la e utilizá-la³⁴⁵. Dessa forma, os caminhos traçados pelo Direito brasileiro são no sentido de abertura à recepção da figura marciala, seu uso encontra fundamento na autonomia privada, podendo ser objeto de convenção das partes,

³⁴⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciala. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, jan/jun 2017. p. 67.

desde que observadas as cautelas em seu uso, de maneira a não desvirtuar a *ratio* do mecanismo.

Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade sustentam que o Direito brasileiro, na esteira no Direito italiano, admite a construção válida do Pacto Marciano “útil”; sintetizam quais seriam as diretrizes necessárias para a validade do Pacto Marciano como mecanismo de autotutela executiva ao afastá-lo do campo de vedação do Pacto Comissório, quais sejam: a necessidade de previsão contratual dos procedimentos para atuação do Pacto Marciano; a ativação do procedimento marciano apenas após a caracterização do inadimplemento do devedor; a notificação do devedor no intuito de dá-lo ciência do valor atualizado do débito, indicando prazo para a purgação da mora que, transcorrido sem pagamento, irá ensejar o manuseio do mecanismo marciano; a avaliação do bem deve sempre ser feita após o inadimplemento do devedor, por perito especializado eleito pelas partes; previsão clara e específica ao credor para devolver o valor excedente decorrente da venda do bem, se houver; deve, ainda, ser assegurado no contrato o contraditório entre as partes, ou seja, a prestação de contas dos quesitos utilizados pelo perito para se chegar ao preço tido por justo³⁴⁶.

Respeitados os requisitos do mecanismo marciano e desde que esteja no radar a *ratio* de vedação do Pacto Comissório, abre-se espaço para as partes estipularem no contrato, com base em sua autonomia negocial, novos mecanismos de garantia e remédios extrajudiciais para a tutela do crédito, de maneira a não dependerem de previsão legislativa expressa para tanto.

3.4 Novas fronteiras da autotutela

Após a análise dos principais mecanismos tradicionais de autotutela contratual – como a exceção de contrato não cumprido, a exceção de insegurança, a cláusula resolutiva expressa e o direito de retenção – é possível perceber que a lógica da atuação direta das partes na proteção de seus interesses contratuais também encontra espaço e novos contornos no ambiente digital. Com base nesse entendimento, passa-se à investigação dos *smart contracts*, cuja estrutura automatizada implica novas questões sobre a aplicação e os limites da autotutela em meio tecnológico.

³⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Autotutela Executiva**: Execução Extrajudicial Positivada. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 135.

O fortalecimento da autonomia privada, a valorização de métodos alternativos de resolução de conflitos e a busca por formas mais eficientes de gestão dos litígios assumem maior relevância no ambiente digital, marcado por uma aceleração exponencial dos acontecimentos e pela crescente demanda social por soluções céleres. Nesse contexto, a discussão sobre a autotutela contratual adquire relevância. Embora sua aplicação no meio digital seja ampla, dinâmica e em constante evolução, em razão do desenvolvimento contínuo das tecnologias, o último tópico deste trabalho dedica-se à compreensão do ambiente dos *smart contracts* e à análise das particularidades da autotutela nesse contexto.

3.4.1 *Smart Contracts*: origem, características e fundamentos

O conceito de *smart contracts* foi elaborado por Nick Szabo, em 1994, que os definiu como "protocolos de transações computadorizadas que executam os termos de um contrato"³⁴⁷. Para Szabo, *smart contract* é o conjunto de regras e penalidades definidas digitalmente. Ele funciona como um contrato tradicional, mas com a diferença que sua execução, verificação e cumprimento ocorrem automaticamente por meio de código computacional; ou seja, representa um avanço na formalização de contratos. A principal ideia que dá suporte ao *smart contract* é ser um contrato inerentemente eletrônico que pode ser executado sem a necessidade de intermediários, uma vez que o código criado é autoexecutável³⁴⁸.

Embora a denominação de contrato inteligente dê a entender que apenas contratos em sentido jurídico estão incluídos no conceito de *smart contracts*, a realidade é que nem todo *smart contract* apresenta natureza contratual. Como dito, conforme concepção tradicional, a definição de *smart contract* corresponde a regras definidas digitalmente por meio da linguagem de códigos e que permitem a execução instantânea de acordos.

³⁴⁷ SZABO, Nick. *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*. Disponível em https://web.archive.org/web/20151222144315/http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html. Acesso em: 22 mai. 2025.

³⁴⁸ Segundo Jorge Feliu Rey: "Dado o exposto, pode-se concluir que um *smart contract* é lavrado em linguagem específica processável por um dispositivo que permite que, sem a necessidade de intervenção humana, sejam levadas a cabo as ações nele contidas; ações atadas à determinação das obrigações; à verificação do cumprimento, total ou parcial, de todas ou algumas das prestações do contrato; execução das prestações ou, ainda, à remediação das consequências derivadas do descumprimento das obrigações previamente acordadas pelos contratantes ou nascidas da adesão às condições gerais de contratação (REY, "Jorge Feliu. *Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado*. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 102).

Os acordos do *smart contract* podem ou não ser caracterizados como contratos³⁴⁹, a depender de sua conformidade com a concepção jurídica do termo, entendida como o acordo de vontades entre duas ou mais partes, destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Assim, quando se tratar de um *smart contract* que configure um contrato, aplicar-se-ão as regras tradicionais do Direito Contratual para fins de verificação de sua existência, validade e eficácia³⁵⁰. Por exemplo, a tecnologia dos *smart contracts* poderia ser empregada na elaboração de testamentos; permite-se que uma pessoa codifique disposições testamentárias de modo que, após sua morte, ativos digitais – como criptomoedas – sejam automaticamente transferidos para a carteira eletrônica de seu herdeiro³⁵¹.

Dessa forma, resta claro que o universo dos *smart contracts* transcende o domínio estrito dos negócios jurídicos, abrange outras formas de programação autônoma de comandos e execuções digitais, como atos jurídicos unilaterais, a exemplo do testamento; todavia, o presente trabalho delimita seu objeto de estudo aos contratos propriamente ditos, ou seja, àqueles que se enquadram na definição jurídica tradicional.

Nesse contexto, as etapas de execução dos *smart contracts* podem ser registradas por meio de códigos, a permitir que as consequências convencionadas pelas partes sejam automaticamente implementadas assim que as condições previamente estipuladas forem identificadas. Codificar um contrato, nesse cenário, consiste em traduzir seus termos da linguagem tradicional para a linguagem computacional, isto é, para códigos de programação legíveis por máquinas.

Embora essa não seja a única forma de operacionalização dos *smart contracts* – que também podem ser integrados a sistemas de inteligência artificial, por exemplo – é inegável que o avanço da tecnologia de *blockchain* impulsionou significativamente

³⁴⁹ Conforme conclusão trazida por Rodrigo Ustárriz Cantali: “O quanto até aqui exposto permite apresentar algumas características mínimas dos *smart contracts*. Trata-se de um desenvolvimento tecnológico que (i) pode ser aplicado a contratos (mas não apenas a eles); (ii) confere aos acordos execução automática e, com isso, uma garantia de cumprimento, minimizando custos e litígios (judiciais e arbitrais); (iii) possui uma identidade semântica própria (linguagem computacional); (iv) confere segurança e confiabilidade às transações.” (CANTALI, Rodrigo Ustárriz. *Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites*. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1.541).

³⁵⁰ A exemplo dos requisitos de validade dos contratos, que estão expressamente previstos no Código Civil, art. 104, conforme segue: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

³⁵¹ CANTALI, Rodrigo Ustárriz. *Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites*. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1.540.

sua aplicação³⁵². A rede *blockchain* corresponde a uma tecnologia digital que emprega mecanismos criptográficos capazes de verificar os comandos inseridos na plataforma, executá-los quando as condições programadas se concretizam e, por fim, registrar de forma imutável todas as informações relacionadas à vida útil do contrato³⁵³.

Dentre as características intrínsecas à tecnologia *blockchain*, destaca-se a transparência das informações nela registradas, que podem ser visualizadas por todos os participantes da rede. Essa visibilidade, no entanto, varia conforme a natureza da rede – se pública ou privada. Nas redes privadas, apenas os membros autorizados têm acesso aos dados, enquanto nas redes públicas terceiros também podem consultá-los.

Outro aspecto fundamental é a imutabilidade dos registros armazenados nos blocos da *blockchain*. Após inseridas, as informações não podem ser alteradas, o que garante a autoexecutoriedade dos comandos programados. Assim, as obrigações previstas são automaticamente cumpridas, salvo se houver, no código do contrato inteligente, previsão expressa de interrupção ou exceção à sua execução.

Em situações de emergência, pode-se empregar uma medida extrema para impedir a execução de determinado sistema ou contrato, consistente na inclusão de um código adicional com capacidade de provocar sua inabilitação ou desativação. Esse mecanismo é conhecido como código autodestrutivo ou código suicida³⁵⁴. No entanto, sua implementação implica a modificação dos códigos originais, o que pode comprometer suas funcionalidades e acarretar a perda irreversível das operações inicialmente previstas.

É interessante observar que os dados são replicados em diversos blocos e nós que compõem a rede de forma descentralizada. Essa estrutura contribui significativamente para a segurança da informação, pois em caso de ataques cibernéticos, a integridade da rede não é comprometida em sua totalidade – o

³⁵² CANTALI, Rodrigo Ustároz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1537.

³⁵³ Sobre o sistema de *blockchain*, nos dizeres de Rodrigo Ustároz Cantali, “A transação (representada pela figura de um bloco – *block*) é adicionada a um “livro-razão” (representada pela imagem de uma corrente – *chain*), criando um registro considerado incorruptível, irreversível e imutável. Apesar de originalmente desenvolvido para *Bitcoin*, hoje *blockchain* possui diversas potenciais aplicações – dentre elas, os *smart contracts*.” (CANTALI, Rodrigo Ustároz. *Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 8, 2022, p. 1538)

³⁵⁴ REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 116.

comprometimento de um único nó não afeta os demais. Tal configuração evidencia a resiliência tanto da rede quanto das informações nela armazenadas.

Adicionalmente às características tratadas, os *smart contracts*, quando inseridos na plataforma *blockchain*, passam a refletir também as peculiaridades de referida tecnologia. O código computacional a partir do qual são criados os *smart contracts* possuem uma lógica binária, ou seja, são códigos específicos e limitados, pois não comportam graus de interpretação de seus conceitos quando de sua execução. A linguagem é sempre direta e específica. O autocumprimento dos comandos inseridos na plataforma baseia-se sempre em leitura objetiva da presença de determinada condição que, se aferida, desencadeia o adimplemento automático do contrato, conforme programado.

Em razão da lógica binária inerente aos *smart contracts*, verifica-se que obrigações genéricas, a exemplo da obrigação de manter em bom estado o bem ou de exigir determinadas condutas conforme o princípio da boa-fé, apresentam dificuldade de serem traduzidas para os *smart contract*, pois sua aferição pressupõe juízo humano, o que dificulta sua tradução em comandos binários e objetivos³⁵⁵. Para esses casos, Jorge Feliu Rey observa que o *smart contract* não precisa abarcar todas as cláusulas e condições inerentes à contratação. Pode, ao contrário, restringir-se às disposições que possam ser executadas pela aferição objetiva por meio de critérios claros e mensuráveis³⁵⁶. Nesse sentido, sustenta que o cumprimento das obrigações pode ocorrer de forma automática, seja total ou parcialmente, por não ser requisito essencial à configuração de um *smart contract* a previsão integral de todos os aspectos da relação jurídica estabelecida.

Alguns autores, como Kevin Werbach e Nicolas Cornell, adotam uma concepção mais restritiva dos *smart contracts*, sustentam que uma característica essencial desses instrumentos é a possibilidade de execução integralmente automática, sem qualquer tipo de interferência externa³⁵⁷. Nessa perspectiva, mesmo a necessidade de aprovação de um pagamento por parte de uma operadora de cartão de crédito, por exemplo, seria suficiente para descaracterizar o contrato como um

³⁵⁵ REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 113.

³⁵⁶ REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 107.

³⁵⁷ WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts Ex Machina*. In: **Smart Contracts Technological, Business and Legal Perspectives**. Org. Marcelo Corrales Compagnucci, Mark Fenwick and Stefan Wrbka. Oxford: Hart Publishing, 2021, p. 101-170.

smart contract. Essa visão mais rígida, embora tecnicamente coerente com a ideia de máxima automação, limita significativamente o alcance e a aplicabilidade desses contratos no cenário atual, no qual muitas operações demandam algum grau de interação com outros sistemas, como operadoras de cartão.

Dessa forma, apenas quando o meio de pagamento assegurar a transferência imediata e simultânea do valor do preço é que se estará, de fato, diante de um *smart contract*³⁵⁸. Na concepção original de *smart contracts* idealizada por Nick Szabo, não há impedimento à participação de comandos externos no acionamento da autoexecução contratual. Ao buscar inserir os *smart contracts* em um contexto mais amplo, Antônio do Passo Cabral esclarece que, nesses contratos, todos os elementos contratuais são estruturados por meio de códigos de computador e algoritmos, frequentemente operados por aplicativos móveis. Nesses sistemas, as partes inserem dados bancários ou de cartões de crédito, e as prestações são executadas de forma automática³⁵⁹. Diante disso, evidencia-se que a automação contratual não exige o isolamento completo do sistema, mas a programação eficiente e segura das condições previamente acordadas entre as partes.

No presente trabalho, adota-se uma concepção menos rígida e mais abrangente dos *smart contracts* alinhada à abordagem proposta por Antônio do Passo Cabral. Parte-se do pressuposto de que tais contratos envolvem, de fato, uma estrutura previamente programada para a verificação e execução automática de comandos, por meio de códigos computacionais; no entanto, essa característica não deve ser compreendida de forma absoluta ou excludente.

A necessidade de aprovação e confirmação externa de determinados eventos, como a execução de um pagamento, por exemplo, não descaracteriza a natureza automatizada do contrato. Ao contrário, evidencia a flexibilidade e a adaptabilidade desses instrumentos aos mais diversos contextos contratuais, especialmente em ambientes que demandam algum grau de interação com sistemas tradicionais ou com informações externas ao código. A compreensão ampliada permite abarcar um número mais significativo de contratos sob a definição de *smart contracts* e promove uma visão mais realista e compatível com os modelos atualmente em uso.

³⁵⁸ WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts Ex Machina*. In: **Smart Contracts Technological, Business and Legal Perspectives**. Org. Marcelo Corrales Compagnucci, Mark Fenwick and Stefan Wrška. Oxford: Hart Publishing, 2021, p. 101-170.

³⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 85, jul./set., 2022. p. 36

Destaca-se que, ao estar diante de uma obrigação de natureza personalíssima – que exige o cumprimento pessoal do próprio devedor – ainda que a condição prevista seja identificada e verificada por um *smart contract*, não há meios tecnológicos capazes de compelir o obrigado a adotar a conduta devida³⁶⁰. Por essa razão, do ponto de vista prático, não faria sentido inserir esse tipo de obrigação em um *smart contract*.

3.4.2 Oráculos como elementos de integração entre o mundo real e o digital

Para que os comandos programados nos *smart contracts* sejam executados, é frequentemente indispensável o acesso a dados externos, que extrapolam o conteúdo originalmente previsto no contrato. Por exemplo, é possível imaginar a celebração de um *smart contract* cujo preço final esteja condicionado ao valor das ações de determinada sociedade empresária em uma data futura, ou ainda, vinculado a um índice de mercado previamente definido.

Para que a execução automática das obrigações programadas seja viabilizada nesses casos, tais informações externas deverão ser integradas ao contrato inteligente, geralmente por meio dos oráculos (*oracles*). Em outro exemplo, pode-se pensar em um contrato que estabeleça o pagamento de uma taxa mensal proporcional ao tempo de uso efetivo de um veículo ao longo de um ano. Nesse caso, o *smart contract* precisará ter acesso aos dados que mensurem esse tempo de uso, a fim de calcular corretamente o valor devido e realizar a cobrança correspondente de forma autônoma³⁶¹.

Os oráculos são as fontes externas responsáveis por fornecer dados a um *smart contract*, ou seja, correspondem à ligação entre o sistema e as informações do mundo real³⁶², aptas a modificar o *status* das variáveis³⁶³. A nomenclatura faz alusão aos intermediários da antiguidade greco-romana, que transmitiam mensagens divinas

³⁶⁰ TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023. p 55. Nesse sentido, os autores destacam que: “Quanto mais físico, corpóreo o resultado almejado, menor a chance de se engendrar, no contexto tecnológico vigente, um mecanismo autoexecutivo”

³⁶¹ REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 109.

³⁶² TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023. p 59.

³⁶³ CANTALI, Rodrigo Ustároz. *Smart contracts e direito contratual*: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 8, 2022, p. 1.540.

a partir de uma autoridade superior. Assim como esses mensageiros, os oráculos intermedeiam informações externas que influenciam diretamente a execução contratual automatizada.

Sua função é essencial na operacionalização dos *smart contracts*, especialmente quando estes envolvem consequências no mundo físico e dependem de informações externas para sua execução automática. A intermediação informacional pode envolver integração com outras tecnologias, como sensores, sistemas de geolocalização ou inteligência artificial, capazes de captar e processar dados relevantes para a execução do contrato.

Além disso, quando o *smart contract* opera em uma rede *blockchain*, o papel dos oráculos se torna mais relevante. Os dados inseridos precisam ser uniformemente acessados e validados por todos os nós participantes da rede, de modo a garantir consistência e integridade ao sistema distribuído³⁶⁴. Nesse contexto, os oráculos asseguram que as informações externas sejam transmitidas de forma padronizada, imutável e confiável para evitar divergências na interpretação ou na ativação dos comandos automatizados.

Em síntese, os oráculos assumem papel estratégico na efetividade dos *smart contracts*, ao viabilizarem a conexão segura e precisa entre dados externos e comandos programados. Sua atuação é fundamental não apenas para garantir a correção da execução contratual, mas também para preservar a coerência e a previsibilidade do ambiente descentralizado, contribuindo para a confiança no sistema como um todo.

3.4.3 Vantagens e limites à execução automática dos *smart contracts*

É inegável que as características de imutabilidade e autoexecutoriedade dos *smart contracts* conferem vantagens ao contrato celebrado neste meio, na medida em que minimiza os riscos do inadimplemento e torna mais certo o cumprimento da prestação pelo devedor³⁶⁵. Atualmente, a execução contratual é uma escolha *ex post*: as partes decidem, após a celebração do contrato, se o cumprirão e de que forma

³⁶⁴ REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 109.

³⁶⁵ REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 114.

executarão suas obrigações, o que naturalmente abre espaço para o inadimplemento. Nos *smart contracts*, contudo, o mesmo mecanismo que estabelece as obrigações também pode definir, *ex ante*, a forma de adimplemento. Dessa forma, para impedir a execução programada dos comandos seria necessária a violação do código, o que se mostra altamente improvável. Além de ser tecnicamente complexo, o contrato é executado de forma quase instantânea, o que reduz significativamente as possibilidades de inadimplemento voluntário pelos contratantes³⁶⁶.

Nesse sentido, a proposta da autoexecutoriedade dos *smart contracts* é oferecer uma transação mais segura, busca-se eliminar dificuldades inerentes à linguagem natural, como a ambiguidade e a incompletude, bem como mitigar riscos relacionados ao inadimplemento voluntário e ao descumprimento de ordens judiciais ou arbitrais que determinem o adimplemento³⁶⁷. A autoexecutoriedade consiste em uma execução automática, conforme programado pelas partes³⁶⁸. Como exemplo de execução automática das prestações, menciona-se a possibilidade de transferência de um valor e, conseqüentemente, a liberação de código de acesso à garagem em que o veículo vendido ou locado está estacionado.

Situações como essa ilustram como a previsibilidade e a confiança na execução contratual podem influenciar diretamente a decisão das partes ao firmar um acordo. Nesse contexto, a autoexecutoriedade dos *smart contracts* atua como fator de redução do risco percebido, o que contribui para maior segurança na contratação. Além disso, seu caráter automatizado diminui os custos de transação, ao reduzir a necessidade de intermediários e a ocorrência de litígios relacionados à execução específica de obrigações inadimplidas, o que, por consequência, aumenta a margem de lucro das partes envolvidas³⁶⁹.

Por outro lado, a autoexecutoriedade dos *smart contracts* implica que os comandos codificados são executados de forma automática e ininterrupta, tornam-se praticamente imparáveis. Isso significa que, mesmo diante de atos maliciosos, eventos imprevisos, caso fortuito ou força maior, a operação será realizada tal como

³⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n 85, jul./set., 2022. p. 34.

³⁶⁷ CANTALI, Rodrigo Ustároz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1.548.

³⁶⁸ TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023. p. 53.

³⁶⁹ CANTALI, Rodrigo Ustároz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1.554.

programada, sem possibilidade de modificação ou reversão, caso tais hipóteses excepcionais não tenham sido previamente previstas no código contratual³⁷⁰.

Essa rigidez operacional representa uma limitação significativa quando comparada aos contratos tradicionais, que admitem revisão judicial ou extrajudicial em situações extraordinárias, com base nos princípios da boa-fé, da função social do contrato e da onerosidade excessiva. Nos *smart contracts*, o desafio é que a ausência de flexibilidade pode resultar em injustiças materiais; o sistema não distingue o inadimplemento doloso de um descumprimento motivado por eventos alheios à vontade das partes. Assim, a eficiência técnica da autoexecução pode colidir com valores fundamentais do Direito Contratual, como a equidade e a razoabilidade.

Outro ponto a explorar diz respeito à estrutura lógica inserida nos códigos dos *smart contracts*, que operam com base em instruções binárias – verdadeiro ou falso – conhecidas como *dry codes*, que se contrapõem aos chamados *wet codes* – representam a linguagem natural, sujeita a múltiplas interpretações e fortemente dependente do contexto. Os *dry codes* funcionam sob a lógica condicional do tipo se *X*, então *Y*, com o objetivo de conferir maior objetividade e reduzir o grau de incerteza e ambiguidade presentes na linguagem jurídica tradicional, limitando, assim, o espaço para disputas interpretativas³⁷¹.

A objetividade interpretativa proporcionada por códigos simples também acarreta desvantagens, especialmente em contratos de longa duração ou de maior complexidade. Obrigações que exigem maior grau de interpretação, como as pautadas nos deveres de melhores esforços, razoabilidade ou boa-fé objetiva, princípios contratuais propositalmente abertos, tendem a ser comprometidas em um sistema interpretativo baseado em lógica binária. Para essas hipóteses, a elaboração da codificação computacional se torna mais difícil e limitada, o que faz com que a linguagem natural seja mais adequada para captar nuances, adaptar-se a mudanças e permitir maior flexibilidade interpretativa ao longo do tempo.

Além disso, a tentativa de traduzir contratos complexos e dinâmicos para uma lógica binária encontra limitações práticas relevantes. A natureza humana impõe restrições à capacidade de antecipar todas as contingências futuras que podem afetar

³⁷⁰ REY, Jorge Feliu. **Smart contract**: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 114.

³⁷¹ CANTALI, Rodrigo Ustároz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1.549.

a relação contratual. Eventos inesperados – ou mesmo improváveis – podem ocorrer e alterar substancialmente os pressupostos de fato sobre os quais o contrato foi firmado. Assim, ainda que se buscasse codificar todas as possíveis hipóteses de descumprimento ou modificação, o custo, a complexidade e a imprevisibilidade de certos cenários tornariam essa tarefa inviável³⁷². Nessas situações, a incompletude contratual, por não um defeito, revela-se como uma característica inevitável das relações jurídicas mais sofisticadas, exige margens de flexibilidade que a estrutura rígida dos *smart contracts* dificilmente consegue acomodar.

Isso implica que, no estágio atual da tecnologia, não é possível codificar qualquer tipo de obrigação em um *smart contract*, em razão das limitações da linguagem computacional³⁷³. Tais limitações dificultam a descrição precisa da obrigação, comprometem sua interpretação adequada, a verificação do cumprimento e, em alguns casos, a execução automatizada das medidas previstas para o descumprimento. Assim, mesmo quando possível, a codificação dificilmente reproduzirá os mesmos termos e a mesma extensão da obrigação tal como formulada na linguagem jurídica tradicional.

3.4.4 Divergência entre linguagem natural e linguagem computacional: limites da codificação contratual

No que se refere às etapas que se iniciam na negociação até a formalização do contrato por meio da tecnologia dos *smart contracts*, observa-se que as fases de negociação, definição e aceitação das condições contratuais não são objeto de impactos significativos em razão do uso dessa tecnologia. No entanto, embora não haja impedimento para que as partes pactuem diretamente os termos e as condições do contrato na plataforma, utilizando linguagem computacional, há situações, especialmente aquelas de maior complexidade, em que as partes elaboram previamente um documento em linguagem natural, o qual será posteriormente traduzido para a linguagem de programação necessária à implementação do *smart contract*.

³⁷² CANTALI, Rodrigo Ustároz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1.552.

³⁷³ Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 102.

Nesses casos, o processo de tradução das condições acordadas entre as partes para códigos computacionais pode apresentar dificuldades relevantes, sobretudo devido às limitações da linguagem de programação utilizada na plataforma escolhida para a criação e registro do *smart contract*. Tais dificuldades podem envolver não apenas dúvidas quanto à correta interpretação das cláusulas contratuais, mas também incertezas relativas ao modo de execução das obrigações estipuladas.

Nesse ponto se sustenta que, mesmo em arranjos obrigacionais automatizados, não se pode desconsiderar o conteúdo previamente estabelecido pelas partes. Erros ou vícios decorrentes da tradução da linguagem natural para a linguagem de programação não podem ser legitimados sob o mero argumento de que se trata de um *smart contract* ³⁷⁴. A automatização da execução contratual não afasta a necessidade de respeito à vontade originalmente manifestada pelas partes, tampouco exime a codificação de conformidade com os princípios e as normas que regem o Direito Contratual.

Dessa forma, ainda que, em razão da autoexecutoriedade dos comandos tecnológicos, não seja possível impedir preventivamente a concretização de um resultado indevido previsto no *smart contract*, tal circunstância não confere validade autônoma às disposições obrigacionais expressas exclusivamente em linguagem computacional³⁷⁵. Nesses casos, diante da eventual limitação à aplicação da tutela específica, caberá o acionamento de mecanismos compensatórios ou de ressarcimento em favor da parte prejudicada, com base nos instrumentos tradicionais de responsabilização contratual.

3.4.5 Desafios da autotutela no ambiente de *smart contracts*

O simples fato de um instrumento programado em linguagem de código eliminar ou evitar um conflito, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, não o caracteriza como um mecanismo de autotutela. A autoexecutoriedade dos *smart contracts* não se confunde com a autotutela entendida como reação a uma lesão. Conforme exposto anteriormente, a autoexecutoriedade se refere à execução

³⁷⁴ TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023. p. 62.

³⁷⁵ TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023. p. 64.

automática de comandos previamente definidos, sem a intervenção humana, com base na verificação de condições programadas, muitas vezes por meio de oráculos, que fornecem dados externos ao contrato. A autotutela, para os fins deste trabalho, é compreendida como a reação unilateral à violação atual ou iminente de uma obrigação, especialmente no contexto do inadimplemento contratual³⁷⁶.

O automatismo dos *smart contracts* não corresponde necessariamente aos atos de autotutela, refere-se à execução direta das obrigações contratuais. No entanto, embora os conceitos sejam distintos, a autoexecutoriedade pode abranger comandos que implementem mecanismos de autotutela, desde que programados previamente pelas partes e acionados mediante a verificação objetiva de inadimplemento contratual.

Ainda que, no momento da execução automatizada, não haja manifestação de vontade atual por parte do credor, isso não descaracteriza a natureza da autotutela, pois a autorização para o exercício unilateral da medida foi conferida no momento da celebração do contrato, por meio da codificação dos comandos pertinentes³⁷⁷. O que se observa, na prática, é a delegação da execução da autotutela à tecnologia. Assim, entende-se que a autoexecutoriedade de mecanismos de autotutela no ambiente dos *smart contracts* é juridicamente possível e tecnicamente viável.

A legitimidade desses instrumentos não prescinde da observância das limitações impostas pelo ordenamento jurídico no qual se inserem. A execução automatizada não pode se sobrepor às restrições legais e deve ser analisada à luz dos princípios jurídicos e das normas vigentes.

Por exemplo, caso um *smart contract* preveja que, diante do inadimplemento de determinada obrigação, ocorrerá a transferência automática da propriedade de um bem dado em garantia, isso poderá configurar, em muitos sistemas jurídicos, um pacto comissório, cuja nulidade é expressamente prevista em lei. Por outro lado, se a cláusula for estruturada nos moldes de um pacto marciano, com previsão de avaliação do bem por terceiro imparcial ou critério objetivo no momento da execução, é possível

³⁷⁶ GERI, Lina Bibliazzi. Autotutela: II) Diritto civile, **Enciclopedia giuridica Treccani**, IV, 1988, p. 2.

³⁷⁷ Em sentido oposto entende Eduardo Talamini e André Guskow, ao dizerem que o fato de a rede de *blockchain* aferir a detecção do inadimplemento e acionar os mecanismos de autodefesa descaracterizaria o ato como sendo autotutela (TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. *Smart contracts*, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023. p. 72).

que a estipulação seja considerada válida³⁷⁸; portanto, a validade de comandos programados que operam autotutela dependerá da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico aplicável, deve-se verificar, caso a caso, se e em que medida tais mecanismos são admitidos e quais são os seus limites.

Torna-se necessário atentar para os desafios específicos decorrentes das características dos ambientes digitais, especialmente quanto à imutabilidade e à autoexecutoriedade dos comandos programados. Nessas condições, se constatado o inadimplemento, o mecanismo de autotutela será automaticamente executado, sem possibilidade de revisão ou intervenção posterior. Assim, não há espaço para deliberação ou escolha alternativa no momento da execução, o que torna a autotutela o único caminho possível no âmbito do contrato automatizado.

Ainda que neste trabalho se defenda a relevância da autotutela como instrumento de solução célere, eficaz e condizente com as demandas da sociedade contemporânea – especialmente quanto à preservação da utilidade da prestação – não se pode ignorar que sua aplicação no ambiente dos *smart contracts* impõe desafios relevantes. A autoexecutoriedade, embora promova economia de tempo e garanta a satisfação imediata do credor, pode comprometer o equilíbrio contratual quando impede a revisão de atos executados de forma automática. Como adverte Antônio do Passo Cabral, “o desafio é garantir eficiência sem cair em uma superproteção do credor e sem desconsiderar os direitos fundamentais do devedor”³⁷⁹.

Além da autoexecutoriedade, a inflexibilidade e a incompletude inerentes à linguagem computacional, estruturada em comandos binários e de baixa margem interpretativa, também impactam diretamente na leitura precisa das cláusulas contratuais e, por conseguinte, nas hipóteses de aplicação da autotutela. Surge, assim, um paradoxo: se, por um lado, os ambientes tecnológicos e automatizados, como os *smart contracts* e a *blockchain*, favorecem a implementação e a expansão de mecanismos de autotutela, justamente por buscarem minimizar conflitos e as consequências do inadimplemento por meio de regras pré-programadas; por outro, a rigidez desses sistemas pode restringir ou distorcer a aplicação justa e proporcional

³⁷⁸ REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019. p. 11.

³⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 85, jul./set., 2022. p. 36.

da autotutela, especialmente em casos que exigiriam maior grau de contextualização ou ponderação jurídica.

Nos dizeres de Mariana Fontes da Costa:

Aqui se encontra um dos maiores paradoxos desta tecnologia: facilitando a alteração dos registos de dados constantes da rede, de modo a permitir o ajustamento dos mesmos às novas realidades geradas pelas decisões judiciais em matéria de *smart contracts*, põe em causa uma das características que a torna verdadeiramente inovadora e apelativa aos olhos do tráfego negocial; mantendo a dificuldade (quase impossibilidade) de alteração dos seus registos, boicota as suas aspirações de vir no futuro a tornar-se um registo global e fiável de transações e titularidades de valores³⁸⁰.

Dessa forma, observa-se que o estado atual da tecnologia impõe limites fáticos à sua plena atuação. Apenas o tempo e a evolução das ferramentas tecnológicas permitirão avaliar se esse espaço de aplicação poderá ser ampliado. O desenvolvimento de mecanismos que permitam a tutela específica preventiva ou simultânea, capazes de inibir o autocumprimento indevido ou de corrigi-lo sem comprometer a eficácia global do contrato, representa um caminho promissor para superar as limitações atualmente identificadas³⁸¹.

Para a expansão sustentável dos *smart contracts* e dos serviços baseados em *blockchain*, é necessário buscar um equilíbrio entre eficiência, de um lado, e a preservação de um ambiente contratual justo, de outro. Não se trata aqui de adotar uma visão pessimista sobre o cenário atual. Ao contrário, os *smart contracts* constituem um campo em franca expansão e demonstram potencial relevante para a consolidação de instrumentos de autotutela; no entanto, impõem-se cautelas adicionais quanto ao uso dessa autotutela em ambientes digitais. Além da necessária conformidade com as normas jurídicas vigentes, é indispensável considerar as limitações técnicas contemporâneas dessas tecnologias.

Nesse sentido, recomenda-se que, antes de se incorporar um mecanismo de autotutela em contratos inteligentes, sejam avaliadas questões fundamentais, como: se a situação contratual é demasiadamente complexa a ponto de demandar interpretação além da capacidade dos sistemas atuais; se a autotutela, naquele caso

³⁸⁰ COSTA, Mariana Fontes da. Decentralized smart contracts: Entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. In LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (Coord). **Direito, Tecnologia e Empreendedorismo**: Uma visão luso-brasileira. Porto Alegre/RS: Rafi, 2020. p. 488.

³⁸¹ TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023. p. 88.

concreto, é de fato o meio mais adequado de solução de conflitos; e se se trata de um contrato de execução imediata ou de natureza prolongada³⁸².

Concorda-se, nesse ponto, com o pensamento de Rodrigo Ustárriz Cantali, ao defender a necessária coexistência de sistemas. O autor vislumbra uma tendência à expansão progressiva da automatização, inclusive quanto à interpretação de cláusulas contratuais mais complexas. É plausível imaginar que, futuramente, novas ferramentas tecnológicas possam ampliar a capacidade de tradução da linguagem natural para a linguagem computacional e promover maior precisão e clareza nos comandos. Até lá, no entanto, a escolha mais prudente parece ser ponderar criteriosamente quais cláusulas executórias devem ser inseridas no ambiente automatizado. Aspectos mais complexos, com elevado grau de subjetividade ou dependência contextual, podem continuar a ser regulados por contratos tradicionais, enquanto disposições mais objetivas, diretas e de execução em curto ou médio prazo mostram-se mais aptas à codificação no ambiente digital³⁸³.

³⁸² Mariana Fontes da Costa explica que: “[...] Isto deve-se ao facto de a autonomia pretendida do código não se ajustar a instruções com a flexibilidade e o indeterminismo que muitas vezes caracterizam as cláusulas contratuais, sobretudo em contratos de maior complexidade: ganha-se em rigor e determinabilidade; perde-se em flexibilidade e adaptabilidade.” (COSTA, Mariana Fontes da. *Decentralized smart contracts*: Entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. In LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (Coord). **Direito, Tecnologia e Empreendedorismo**: Uma visão luso-brasileira. Porto Alegre/RS: Rafi, 2020. p. 488).

³⁸³ CANTALI, Rodrigo Ustárriz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022, p. 1553.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como objeto de estudo a análise da autotutela nas relações contratuais, com ênfase em sua aplicação nos casos de inadimplemento. A investigação partiu da hipótese de que a autotutela, longe de constituir uma forma arbitrária de justiça privada, pode ser legitimamente reconhecida como um instrumento eficaz e juridicamente válido de resolução de conflitos, desde que respeitados os pressupostos legais e os limites normativos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Tradicionalmente associada à imposição unilateral e arbitrária da vontade e ao desequilíbrio entre as partes, a autotutela pode ser reinterpretada à luz dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, que lhe conferem fundamento constitucional. Seu exercício, contudo, deve ser condicionado aos limites impostos pelo sistema jurídico, representados especialmente pelos princípios da boa-fé objetiva, da proporcionalidade, da função social do contrato e da conservação do negócio jurídico, que condicionam a atuação legítima da autotutela e asseguram sua compatibilidade com um modelo contratual equilibrado e funcional.

A abordagem moderna, marcada por uma postura restritiva da autotutela, admitia a sua utilização apenas em caráter excepcional, principalmente por não reconhecer os seus fundamentos constitucionais e por receios relacionados à insegurança jurídica e à ocorrência potencial de abusos; no entanto, demonstrou-se que essa visão reducionista não se sustenta diante da possibilidade de se estabelecerem fundamentos sólidos e critérios normativos para o seu uso legítimo. Ao contrário, compreendida como expressão da autorregulação contratual decorrente da autonomia privada, a autotutela se revela uma alternativa válida e desejável, especialmente ante à crescente sobrecarga do Poder Judiciário e à demanda por soluções mais céleres, eficazes e compatíveis com a dinâmica das relações privadas.

Nesse contexto, a pesquisa identificou uma lacuna relevante no Direito Contratual brasileiro: a subutilização da autotutela, especialmente diante do inadimplemento das obrigações. Essa limitação decorre majoritariamente em razão da ausência de uma sistematização normativa que facilite a compreensão do instituto de forma abrangente e evidencie a possibilidade de seu uso de forma segura, coerente e juridicamente controlada. Ao contrário do ordenamento jurídico alemão, que

reconhece expressamente o poder geral de autotutela conferido aos particulares (*Selbsthilfe*), o sistema brasileiro carece de cláusula geral equivalente, o que contribui para a compreensão restritiva e a percepção da autotutela como mecanismo meramente excepcional de reação do particular a situações patológicas do contrato.

No entanto, a pesquisa demonstrou que, se devidamente estruturada e disciplinada, a autotutela pode funcionar como uma via legítima e eficaz de autorregulação contratual, que contribui para a efetiva resolução de conflitos, para o equilíbrio de interesses entre as partes e para a mitigação da sobrecarga do Poder Judiciário. Diante desse cenário, impõe-se a necessidade de um olhar mais amplo e técnico sobre o tema, voltado à construção doutrinária e jurisprudencial de parâmetros seguros, à sistematização dos mecanismos existentes e ao fortalecimento de uma cultura jurídica mais receptiva à autotutela no âmbito das relações privadas.

Ao partir do reconhecimento da autonomia privada como fundamento constitucional da autotutela, o primeiro capítulo demonstrou que o exercício legítimo desse instituto pressupõe o respeito a balizas normativas claras. Além disso, destacou-se que, diferentemente da jurisdição, a autotutela não tem caráter definitivo, constitui um direito de a parte lesada buscar a tutela jurisdicional posterior caso detectados eventuais abusos em seu exercício. Ressalta-se que a possibilidade de a parte afetada recorrer ao Judiciário não enfraquece o instituto, mas reforça a compatibilidade entre a autotutela e o sistema de garantias do Estado de Direito.

Nesse sentido, o primeiro capítulo partiu da concepção tradicional de autotutela como reação à lesão – conforme delineado por Lina Geri – mas propôs um avanço teórico ao buscar seu fundamento na autonomia privada, o que permite legitimar sua adoção por particulares, desde que dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Ressaltou-se que o fato de o Direito brasileiro não prever cláusula geral que disciplina o poder de autotutela das partes, torna mais relevante o papel da doutrina e da jurisprudência na construção de critérios seguros para a validação de cláusulas contratuais que prevejam o exercício dessa prerrogativa. Diante da ausência de positivação ampla, a análise da legitimidade da autotutela deve considerar, por analogia, os instrumentos previstos na legislação brasileira para situações similares, respeitar as restrições expressas e observar os princípios constitucionais e contratuais aplicáveis.

Também se alertou para a necessidade de maior cautela em contextos de assimetria entre as partes e em relações regidas por normas de ordem pública, em

que o exercício da autotutela deve ser mitigado para não comprometer a proteção da parte vulnerável. Assim, reafirma-se que os limites ético-jurídicos não apenas impedem práticas abusivas, mas servem para consolidar a autotutela como expressão legítima da liberdade contratual, e contribui para o fortalecimento da autorregulação privada e da efetividade dos contratos.

No segundo capítulo, analisou-se o contexto específico em que a autotutela encontra aplicação mais recorrente e relevante: o inadimplemento contratual. Para tanto, foi necessário examinar as transformações pelas quais passou o Direito das Obrigações no cenário contemporâneo, as quais possibilitam uma reinterpretação mais ampla e funcional da autotutela nas relações contratuais. Nesse percurso, revisitou-se as categorias de adimplemento, inadimplemento absoluto e relativo, adimplemento substancial e inadimplemento anterior ao termo, a evidenciar que o campo obrigacional é marcado por uma complexidade que excede o simples descumprimento pontual da prestação.

A partir dessa perspectiva, demonstrou-se que a obrigação deve ser compreendida como um processo, cujo foco não se restringe ao cumprimento das obrigações previstas expressamente no contrato durante sua execução, mas abrange também os momentos anterior e posterior à sua celebração. Essa compreensão permite alargar a proteção dos interesses envolvidos, reconhece que o resultado útil da obrigação está vinculado à satisfação integral da prestação devida, e não apenas à prestação principal. Nesse contexto ampliado, a autotutela se revela como um instrumento legítimo e funcional de resposta ao inadimplemento, alinhado às exigências de celeridade e efetividade nas relações contratuais contemporâneas.

O terceiro e último capítulo se dedicou à análise das modalidades de autotutela reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, classificados conforme as funções que desempenham, quais sejam: conservativo-cautelar, resolutiva e satisfativa. Buscou-se evidenciar tanto o potencial de expansão das modalidades de autotutela expressamente previstas no ordenamento jurídico, quanto apontar as inadequações interpretativas recorrentes de sua concepção, abrangência e aplicação, especialmente pelos aplicadores do direito.

Além disso, analisou-se a viabilidade de ampliação dos mecanismos convencionais de autodefesa por meio de estipulações contratuais fundadas na autonomia privada; demonstrou-se que, mesmo diante da ausência de uma cláusula geral de autotutela no sistema jurídico brasileiro, tais instrumentos não precisam ser

exaustivamente tipificados para serem legítimos, desde que interpretados conforme os princípios e limites do ordenamento.

A pesquisa também problematizou os desafios emergentes no contexto da tecnologia, especialmente no que diz respeito aos *smart contracts*. O comando binário que rege esses contratos autoexecutáveis, inseridos, principalmente, em ambiente de *blockchain*, impõe obstáculos à interpretação contextual e à aplicação de critérios de razoabilidade e justiça que são indispensáveis à autotutela. Identificou-se, assim, uma limitação do presente estudo: a impossibilidade de explorar com profundidade os impactos dos *smart contracts* sobre a autotutela, dada a imaturidade regulatória e técnica do tema. Dessa forma, sugere-se, como proposta de continuidade da pesquisa, o acompanhamento do desenvolvimento tecnológico de forma paralela ao aprofundamento das bases jurídicas que sustentam a autotutela nesses novos ambientes digitais.

Apesar dessa limitação, os resultados alcançados permitiram a confirmação da hipótese inicialmente proposta: a autotutela pode, sim, ser manejada legitimamente pelos particulares, desde que respeitados os limites constitucionais, éticos e legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Constatou-se que a autotutela não apenas encontra fundamento nos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, como também pode contribuir para a concretização desses princípios, viabilizar a resolução de conflitos de maneira célere, eficaz e adequada às especificidades das partes contratantes.

Indica-se que a presente pesquisa teve como objetivo geral verificar se a autotutela contratual, especialmente em casos de inadimplemento, pode ser considerada um meio legítimo de resolução de conflitos à luz da Constituição e da ordem jurídica brasileira. A investigação demonstrou que, embora não haja cláusula geral expressa que a preveja, a autotutela encontra fundamento nos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, sendo válida quando exercida dentro dos limites legais, éticos e principiológicos.

Com relação aos objetivos específicos, foi possível: (i) confirmar que a autotutela pode ser compreendida como expressão legítima da autonomia privada; (ii) superar as razões históricas que motivaram a sua restrição, com base na construção de parâmetros normativos seguros; (iii) evidenciar a sua aplicação prática em diferentes formas de inadimplemento contratual, com potencial de ampliação em cenários contemporâneos; e (iv) mapear as suas principais manifestações no

ordenamento jurídico, demonstrando que, mesmo sem previsão taxativa, a sua validade depende de interpretação conforme os princípios contratuais. Assim, o estudo atendeu plenamente aos propósitos propostos.

Por fim, a relevância acadêmica deste trabalho reside na proposta de uma leitura integrada das diversas figuras de autotutela dispersas na legislação brasileira, conferindo-lhes unidade, uma fundamentação comum e critérios claros para sua ampliação e aplicação prática. Ao desconstruir o preconceito que associa a autotutela à arbitrariedade, esta pesquisa revela seu potencial como um instrumento legítimo e eficaz de justiça contratual, representa uma contribuição importante para o avanço da doutrina e para o aprimoramento das práticas jurídicas voltadas à resolução de conflitos privados.

Assim, este estudo reafirma que o fortalecimento da autonomia privada, por meio do entendimento e do uso responsável da autotutela, não é um retrocesso, mas um passo decisivo rumo a um Direito Contratual mais dinâmico, eficiente e sintonizado com as demandas da sociedade contemporânea. Resta, portanto, um convite para que juristas, operadores do Direito e legisladores continuem a explorar e aprimorar esses mecanismos, e reconhecer neles uma oportunidade real de transformar a forma como conflitos contratuais são enfrentados, ampliando a segurança jurídica sem sacrificar a flexibilidade necessária aos negócios jurídicos.

Que este debate não cesse nesta pesquisa, mas ganhe corpo, inspire novos estudos e contribua para moldar um sistema jurídico mais justo, ágil e conectado com os desafios do nosso tempo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 738, E-book. ISBN 978-85-309-3891-8. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-3891-8/>. Acesso em: 26 jan. 2025

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contrato por Incumprimento do Devedor (Resolução)**. São Paulo: Aide, 1991.

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Bundesministerium der Justiz. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 29 mai. 2025.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia Privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**, v. 322, p 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ANDRADE, Olavo de Andrade. **Notas sobre o direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1922.

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira. **Exceção de insegurança no Direito Brasileiro**. São Paulo, Almedina: 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58/2007, p. 129-173, jan.-mar., 2007.

BETTI, Emilio. Autotutela, Diritto Privado. **Enciclopedia del diritto**, IV, 1959.

BIANCA, Massimo. Autotutela. **Enciclopedia del diritto**, IV, Aggiornamento, 2000.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal** - Parte Geral, v. 1, 30. ed. 2024. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**: parte especial (arts. 312 a 337-D e arts. 338 a 359). v. 5. 17. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023.

BOBBIO, Norberto. **La funzione promozionale del diritto**. In Dalla struttura alla funzione. Milano: Comunità, 1977.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp: 620787 SP 2003/0232615-7, Relator.: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 14 de abr. 2009, T4 - QUARTA TURMA.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, Agravo de Instrumento: 53861953920238090051 GOIÂNIA, Relator.: Des(a). VICENTE LOPES DA ROCHA JÚNIOR, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: (S/R) DJ.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação Cível: 10000672220228260601 Socorro, Relator.: Tania Ahualli, Data de Julgamento: 17/06/2024, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17 de jun. 2024.

BRASIL. CNJ. **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024, p. 22. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2025.

BRASIL. CNJ. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2025. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em: 17 mai. 2025.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº. 21. **I Jornada de Direito Civil**. Coord. Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Coord. da Comissão de Obrigações e Contratos: Paulo Távora e Antônio Junqueira Azevedo. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2002.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº. 23. **I Jornada de Direito Civil**. Coord. Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Coord. da Comissão de Obrigações e Contratos: Paulo Távora e Antônio Junqueira Azevedo. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2002.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº. 542. **VI Jornada de Direito Civil**. Coord. Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Coord. da Comissão de Obrigações e Contratos: Ana de Oliveira Frazão e Paulo Roque Khouri. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do CJF, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 911, de 1º de Outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências.

BRASIL. **II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial – CJF**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em: 16 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 mai. 2025.

BRASIL. STF. RE: 201819 RJ, Relator.: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

BRASIL. STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, AgInt no AREsp 1278577, DJ 21.09.2018.

BRASIL. STJ, REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008.

BRASIL. STJ. REsp 857299/SC. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 03.05.2011. DJ de 13.06.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 1.342.754/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 23 de nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 620.787/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 28 de abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1.051.270/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 11 de nov.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª. Turma), Recurso Especial nº 1.581.505/SC, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, julg. 18 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1.279.188/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., d.j. 16-04-2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.628.385/ES, 3ª T., Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de julgamento: 22 de ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp 994.040/PE. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 07.04.2011. Órgão julgador: 4ª turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 382928/MG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 22 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Inominado Cível: 0002663-98.2022.8.26.0082 Boituva, Relator.: Celso Maziteli Neto - Colégio Recursal, Data de Julgamento: 11/06/2024, 1ª. Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 11/06/2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0291792-29.2012.8.19.0001. Relator: Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres. Julgamento: 06.11.2013.

BRASIL. **VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF)**. Disponível em: <https://cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2025.

BUSSATA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação dos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n 85, jul./set., 2022.

CANTALI, Rodrigo Ustárriz. Smart contracts e direito contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 8, 2022.

CAON, Felipe Varela. **O problema das obrigações de meios e de resultado**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nothfleet. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1988.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. VI, 5. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023.

CICCO, Maria Cristina de; MARINANGELO, Rafael. **Direito Civil Comparado Itinerários**. Rio de Janeiro: Processo, 2023.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências. In: **Direito Empresarial**. Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1. ed., 2ª. tir., 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 386, dez. 1967, p. 26-35.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. 5. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1983.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção. v. 9, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

COSTA, Judith M. **A Boa Fé no Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024.

COSTA, Mariana Fontes da. Decentralized smart contracts: Entre a autotutela preventiva e a heterotutela reconstitutiva. In LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (Coord). **Direito, Tecnologia e Empreendedorismo**: Uma visão luso-brasileira. Porto Alegre/RS: Rafi, 2020.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DIDIER JR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Autotutela e Smart Contracts. In: EID, Elie Pierre (org), **Ensaio Sobre Autotutela**, Londrina/PR: Thoth, 2024.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1, 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Justiça multiportas como um ever-expanding system: um ensaio sobre a abertura como característica do sistema de justiça no Brasil. **Ensaio sobre Direito Constitucional, Processo Civil, e Direito Civil**: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim. Gilmar Mendes,

Paulo Dias Moura Ribeiro, Ingo Wolfgang Sarlet e Otávio Luiz Rodrigues Jr. (coord.). Curitiba: Contemporânea de Direito, 2023, p. 149-162.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 2, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOLMETTA, Aldo Angelo. La ricerca del “marciano utile”. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, año LXIII, n. 4, p. 811 *et seq.*, 2017.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

DONNINI, Rogério. Boa-fé e probidade. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, Andre Luiz (coord. geral); DONNINI, Rogério; FERRIANI, Adriano; GRAMSTRUP, Erik (coord Direito Civil - Tomo 10). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo 10. Direito Civil. Edição 3: jul., 2024. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/597/edicao-3/boa-fe-e-probidade>. Acesso em: 13 mai. 2025.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DONNINI, Rogério. Rapporti Contrattuali E Pandemia. In: CHIEFFI, Lorenzo (coord.). **L'emergenza pandemica da Covid-19 enl dibattito bioetico**. Tomo 2. Mimesis: 2021.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade, felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (4ª Vara Cível de Vitória), Processo nº. 0001009-77.2010.8.08.0024, Juiz de Direito Mauricio Camatta Rangel, Data de Julgamento: 27 de mar. 2012.

FARRAJOTA, Joana. Anticipatory breach no direito português? In: FREITAS, José Lebre de; DUARTE, Rui Pinto; CRISTAS, Assunção; NEVES, Vítor Pereira das; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida**. v. 2. Coimbra: Almedina, 2011.

FELIU, Jorge. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ, Rogério. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Argentina, 2018.

GARBI, Carlos Alberto. **Os Contratos Paritários na Teoria Geral dos Contratos – Uma Visão Crítica**. Migalhas, 4 nov. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/novos-horizontes-do-direito-privado/335834/os-contratos-paritarios-na-teoria-geral-dos-contratos---uma-visao-critica>; Acesso em: 11 mai. 2025.

GAZALLE, Gustavo Kratz. **O conceito de mora no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

GERI, Lina Bibliazzi. Autotutela: II) Diritto civile, **Enciclopedia giuridica Treccani**, IV, 1988.

GERI, Lina. **Profili sistematici dell'autotutela privata**. Milano: Giuffrè, 1971.

GIL Y GIL, José Luis. **Autotutela Privada y poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 747, jan. 1988.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro - Contratos e Atos Unilaterais**. v. 3, 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2024.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional/RBDC**10, jul.-dez./2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5., abr. 2008.

GROSSO, Giuseppe. **Enciclopedia del Diritto**, V Banca-Can, Giuffrè, Italia, 1959.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IRTI, Natalino. **L'età dela decodificazione**. Milão: Dott. A. Giuffré, 1999.

JOBIM, Marco Félix; PEÑA, Ricardo Chemale Selistre. A desjudicialização da execução e a delegação de atividades de satisfação do direito. *In*: BELIZZE, Marco Aurélio; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL; Trícia Navarro Xavier (coord.). **Execução civil**: novas tendências. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Indaiatuba: Foco, 2022.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Acesso em: 7 nov. 2024.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz, t. 1, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEPORE, Andrea. **Autotutela e autonomia negoziale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias Autoexecutáveis**. 2021. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 42/2002, abr.-jun., 2002, p. 187-195.

LUMINOSO, Angelo. Patto comissório, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela executiva. **Rivista di Diritti Civile**. Padova: Cedam/Wolters Kluwer, ano LXIII, n. 1., p. 10-32., 2017.

LUMINOSO, Angelo. Patto marciano e sottotipi. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam/Wolters Klumer, ano LXIII, n. 6, p. 1.398 *et seq.*, 2017.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: Individual e Coletiva. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria Jurídica da Liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro**: configuração e limites. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 885, p. 30-48, jul. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, t. II: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 108-116, 216-245.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. 5, t. I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. vl. 4, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 21. jan./mar. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos morais em família?** Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. v. 386. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Obra coletiva organizada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil-Constitucional, **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, 1993.

MOUZALAS, Rinaldo. Apresentação e Análise dos Argumentos Favoráveis e Contrários à Autotutela Privada no Direito Brasileiro. In: EID, Elie Pierre (org), **Ensaio Sobre Autotutela**. Londrina: Thoth, 2024.

NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Comentário ao Código Civil**. Direito Privado Contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Obrigações e Contratos** – Pareceres, 1. ed. 2011. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 233, e AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de F. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. VI, t. II, 1. ed. 2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. II, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro, La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 31, 2007. p. 75-86.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>. Acesso em: 3 nov. 2024.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil** – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>. Acesso em: 3 nov. 2024.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo, Saraiva, 1997.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 12, jan.-mar., 2002.

REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de direito privado. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, 2019.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. **Justitia**, São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 121-127, 2001.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SÃO PAULO. TJ-SP - APL: 91127937920078260000 SP 9112793-79.2007.8.26.0000, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Data de Julgamento: 12/06/2013, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº. 411.646-4/8-00, 3ª. Câmara de Direito Privado. Relator(a): Beretta da Silveira. Data de julgamento: 5 de set. 2006.

SARAIVA, Bruno de Sousa. **Boa-fé objetiva nas relações contratuais e a promoção de mercados eficientes**. Londrina/PR: Thoth, 2024.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SATURNO, Angelo. **L'autotutela privata**. Napoli: ESI, 1995.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 32, p. 3-27, out./dez. 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013,

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2020.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. rev. e aum. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Giselly P.; QUEIROZ, Paulo Victor O.; THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G. **A Função Social do Contrato** – Atualizado de acordo com a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e o Regime Jurídico Emergencial de Direito Privado (Lei 14.010/2020). São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

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

SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-o-cabimento-do-direito-de-retencao/>. Acesso em: 13 mar. 2025.

SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. **Revista de Direito Privado**, ano 18, v. 78, jun. 2017. p. 43-83.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 50, abr./jun. 2012.

STAUB, Hermann. **Le violazioni positive del contratto**. Tradução: Giovanni Varanese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

SZABO, Nick. *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*. Disponível em https://web.archive.org/web/20151222144315/http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html. Acesso em: 22 mai. 2025.

TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. Smart contracts, “autotutela” e tutela jurisdicional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 89, jul./set. 2023.

TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, jan./mar. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde e BANDEIRA, Paula Greco, in TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A violação positiva do contrato é figura efetivamente útil no direito brasileiro? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito civil, constituição e unidade do sistema**: anais do congresso de direito civil constitucional – V congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, jan./jun. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. Exceção de contrato não cumprido na coligação contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/excecao-de-contrato-nao-cumprido-na-coligacao/>. Acesso em: 25 jan. 2025.

TERRA, Aline Miranda Valverde. Âmbito de Incidência da Cláusula Resolutiva Expressa: para além dos contratos bilaterais. **Revista de Direito Privado**, v. 65/2016, p. 121 – 138, jan. – mar., 2016.

TERRÉ, François et al. **Droit civil: les obligations**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019.

THEODORO JR., Humberto Theodoro. **Negócio Jurídico**. Grupo GEN, 2020.

THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Autotutela Executiva: Execução Extrajudicial Positivada**. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 10 ed. v.1. Coimbra: Almedina, 2005.

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLELA, João Baptista. Inadimplemento contratual antecipado. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 43, 1977.

WERBACH, Kevin; CORNELL, Nicolas. *Contracts Ex Machina*. In: **Smart Contracts Technological, Business and Legal Perspectives**. Org. Marcelo Corrales Compagnucci, Mark Fenwick and Stefan Wrbka. Oxford: Hart Publishing, 2021, p. 101-170.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Inadimplemento antecipado da obrigação contratual. In: CELLI JUNIOR, Umberto; BASSO, Maristela; AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Coord.). **Arbitragem e comércio internacional**: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Breach of contract and the remedies under the new German law of obligations**. Saggi, Conferenze e Seminari, Roma, n. 48, 2002.

ZIMMERMANN, Reinhard. **El nuevo derecho alemán de obligaciones**: un análisis desde la historia y el derecho comparado. Tradução de Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008.