

CLÁUSULAS *SOLVE ET REPETE*: PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA (DE)LIMITAÇÃO DAS EXCEÇÕES OPOSTAS PELO DEVEDOR

***SOLVE ET REPETE* CLAUSES: PERSPECTIVES OF OPERATION OF PRIVATE AUTONOMY IN THE (DE)LIMITATION OF EXCEPTIONS OPPOSED BY THE DEBTOR**

Rodrigo da Guia Silva¹
Jeniffer Gomes da Silva²

RESUMO: O escopo central do presente estudo consiste em perquirir possíveis parâmetros para a aferição da validade das cláusulas *solve et repete* no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de instrumento jurídico por meio do qual os contratantes estipulam a impossibilidade de oposição de certas exceções por parte do devedor em face de pretensões apresentadas pelo credor. Exploram-se, ainda, alguns aspectos do desenvolvimento conferido pela experiência estrangeira à matéria, bem como pontos particularmente sensíveis em relação à admissibilidade das cláusulas *solve et repete*, de que são exemplos as disposições tendentes ao afastamento da oponibilidade de exceções relativas à invalidade negocial.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula *solve et repete*. Exceção de contrato não cumprido. Inadimplemento contratual. Contratos bilaterais. Contratos de adesão.

ABSTRACT: The central scope of the present study is to inquire possible parameters for the validity of *solve et repete* clauses in the Brazilian legal system. It is a legal instrument whereby contractors stipulate that the debtor cannot object to certain exceptions in the face of claims made by the creditor. Some aspects of the development given by foreign experience to the subject are also explored, as well as particularly sensitive points regarding the admissibility of the *solve et repete* clauses, such as the provisions that exclude the enforceability of exceptions relating to invalidity.

KEYWORDS: *Solve et repete* clause. Contractual right to suspend performance. Breach of contract. Bilateral contracts. Adhesion contracts.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Notas sobre o tratamento das cláusulas *solve et repete* na experiência estrangeira. 2. Impressões iniciais sobre a compatibilidade das cláusulas *solve et repete* com o direito brasileiro; 3. Contratos de adesão e contratos de consumo. 4. Síntese conclusiva. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Notes about the treatment of the *solve et repete* clauses in the foreign experience. 2. First impressions about the compatibility of the *solve et repete* clauses with Brazilian law. 3. Adhesion contracts and consumer contracts. 4. Final considerations. References.

¹Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador da Clínica de Responsabilidade Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Advogado.

²Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora da Clínica de Responsabilidade Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

Introdução.

O objeto central do presente estudo consiste em definir se o ordenamento jurídico brasileiro reconhece ou não a legitimidade do ajuste consensual, por parte dos contratantes, quanto ao impedimento do devedor à oposição, perante o credor, de exceções que possuam a finalidade de retardar ou obstar a execução da prestação. Trata-se, em outras palavras, de perquirir se os particulares podem, em exercício legítimo de autonomia privada, sujeitar o devedor ao cumprimento imediato da obrigação que lhe incumbe sem que lhe seja facultado invocar questões de defesa que, na ausência da disposição convencional em comento, o autorizariam a recusar o cumprimento.³ Tal operação traduz, em realidade, uma relevante tendência negocial, a revelar o escopo fundamental do presente trabalho, qual seja, o de analisar a admissibilidade, no direito brasileiro, do que se convencionou denominar cláusulas *solve et repete* (“pague e depois reclame”, em tradução livre do latim).⁴

Nesse contexto, podem-se imaginar alguns exemplos práticos de aplicabilidade da cláusula *solve et repete*.⁵ Pense-se, ilustrativamente, na hipótese de contrato de compra e venda

³Esse questionamento foi feito por Alberto Maria Benedetti: “(...) podem as partes, com referida cláusula [*solve et repete*], impedir o devedor de opor ao credor exceções que visam a retardar a execução da prestação, compelindo-o primeiro a adimplir e apenas sucessivamente aduzir contestações? Do *timing* consensualmente acordado deriva a denominação de sabor antigo geralmente atribuída à cláusula: *solve et repete*” (BENEDETTI, Alberto Maria. Le autodifese contrattuali (artt. 1460-1462). In: SCHLESINGER, Piero (Fund.); BUSNELLI, Francesco (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 113-114. Tradução livre do original).

⁴Optou-se por se falar em *cláusulas*, no plural, por uma razão deliberada: o mecanismo de atuação caracterizado pela noção de *solve et repete* pode se manifestar por arranjos contratuais os mais diversos e pode ter por objeto exceções muito variadas. Diante de tais circunstâncias, não parece adequado restringir o seu âmbito de atuação à exceção de contrato não cumprido, como não raramente se verifica em doutrina.

⁵Além das situações hipotéticas aventadas no decorrer da exposição, vale trazer à tona o seguinte caso concreto: uma empresa, construtora de material ferroviário, obrigou-se, no bojo de certas relações contratuais, a fabricá-lo e exportá-lo. Para viabilizar esse empreendimento, obteve financiamento junto a um banco, que, por sua vez, quis garantir-se contra eventual impontualidade no pagamento da empresa financiada. Desse modo, a construtora, o banco e um instituto de resseguros celebraram um contrato de seguro-fiança, em que uma das obrigações do instituto era a de garantir ao banco financiador o pagamento de uma indenização pelas perdas líquidas que esse viesse a sofrer pelo inadimplemento da empresa segurada e a de conceder adiantamento de cem por cento do valor da perda líquida, antes mesmo de sua apuração. Nesse cenário, a contraprestação da construtora seria o pagamento ao instituto de resseguros de uma taxa de 3,50% sobre o valor máximo da garantia, cabendo ao banco garantido apenas avisar ao instituto, dentro do prazo de caducidade, sobre a ocorrência da insolvência da empresa financiada. Nessa operação, o instituto de resseguros renunciou ao direito de formular contestações ou alegar fatos extintivos de sua obrigação, tendo em vista que, na ocorrência de insolvência da empresa financiada, caberia a ele o supramencionado adiantamento, antes mesmo de apurado o real valor da perda líquida. Assim, deve primeiro pagar e só em momento posterior ao adimplemento de sua obrigação poderia questionar judicialmente o valor pago. Esse caso foi objeto de análise em parecer jurídico elaborado por GOMES, Orlando. Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula “*solve et repete*”. In: *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 267-281.

de coisa móvel infungível em que se hajam estipulado datas diversas para as obrigações principais a cargo de cada parte – a obrigação do comprador de pagar o preço vencerá em data anterior à obrigação do vendedor de entregar a coisa. – Caso as partes hajam convencionado uma cláusula *solve et repete* para a exclusão da exceção de contrato não cumprido – e tal cláusula seja reputada válida, naturalmente –, o vendedor poderá ser compelido a entregar a coisa na data do vencimento da sua obrigação mesmo se o comprador ainda não houver pago o preço devido. Desse modo, a cláusula em comento viabilizaria a busca e apreensão da coisa objeto da obrigação de dar coisa certa sem qualquer discussão – ao menos, em sede de cognição sumária – sobre o inadimplemento do credor proponente da ação em questão.⁶

Também a seara dos contratos conexos pode suscitar relevantes perspectivas de aplicação das cláusulas *solve et repete*. Tome-se para consideração, ilustrativamente, a hipótese de contrato celebrado por partes que mantenham, entre si, diversas relações contratuais. Em tal situação, como se sabe, o desenvolvimento da civilística acerca do fenômeno da coligação contratual poderia conduzir ao reconhecimento de repercussões diversas de um específico contrato sobre outros entabulados pelas mesmas partes – por exemplo, a contaminação de um contrato pela invalidade de outro que lhe seja conexo ou mesmo a oposição da exceção de contrato não cumprido no bojo de um contrato em razão do descumprimento de obrigação configurada no contrato conexo.⁷ Nesse contexto, uma cláusula *solve et repete* poderia servir, por exemplo, ao propósito de autonomizar a execução de cada um dos diversos contratos – ainda que integrantes de uma rede contratual –, de modo a impedir que uma das partes se exima

⁶ Há, contudo, a necessidade de se ressaltar o eventual cabimento de restituição (*in natura* ou pelo equivalente) ou de indenização após o devido adimplemento por parte do credor *prejudicado* pela cláusula. Pertinente, ao propósito, a advertência de Sílvio de Salvo Venosa: “Cuida-se da cláusula *solve et repete*, em que o contratante cumpre sua obrigação mesmo perante o descumprimento da do outro, e somente depois se voltará contra este para pedir o cumprimento ou as perdas e danos” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 414).

⁷ Para uma análise do fenômeno da coligação contratual e suas possíveis repercussões, v., por todos, na doutrina brasileira, KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*; KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, *passim*; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013, *passim*; e TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre contratos coligados e a aplicação da Teoria do Grupo Econômico. In: *Soluções Práticas do Direito*, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, *passim*; na doutrina italiana, NANNI, Carlo Di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1977, *passim*; SABATO, Franco Di. Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale). *Rivista di Diritto Civile*, vol. 1. Padova: Cedam, 1959, *passim*; e FERRANDO, Gilda. I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative. *Contratto e Impresa*, v. 16. Padova: Cedam, 2000, *passim*; e, na doutrina, argentina, LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Derecho do Consumidor*, v. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1998, *passim*.

de prestar a obrigação que lhe incumbe no bojo do contrato X ao argumento de inadimplemento da contraparte no cumprimento de obrigações que lhe incumbem no bojo do contrato Y.

Ao fim e ao cabo, como se percebe, o objeto central deste estudo diz respeito à admissibilidade da renúncia (no mais das vezes, prévia) a exceções no direito privado.⁸ Comumente se apresenta, em doutrina, a exceção de contrato não cumprido como principal exemplo de aplicabilidade desse exercício de autonomia privada das partes.⁹ Em outras palavras, a civilística reconhece que essa renúncia – disposição contratual da cláusula *solve et repete* –, expressa ou tácita, impede que o contratante faça uso da oponibilidade de exceção de contrato não cumprido.¹⁰ Não parece tratar-se, contudo, do único objeto possível das cláusulas *solve et*

⁸ A propósito da renúncia a exceções, leciona Miguel Maria de Serpa Lopes: “Ora, em que consiste a renúncia a uma exceção? Precisamente no abandono por parte do demandado de se valer da oposição de um direito contraposto ao do demandante autor, sendo que, no caso da *exc. n. ad. cont. [exceptio non adimpleti contractus]*, o abandono do direito que ao réu é facultado de deter a ação do autor, no sentido de compeli-lo a realizar a contraprestação ligada à prestação por ele pretendida contra o réu” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 324). Ainda sobre o tema, o autor adverte para a ausência de similitude entre a renúncia à exceção e a omissão na sua arguição: “Contudo não se deve confundir renúncia à exceção com a circunstância de se haver omitido de argui-la. Esta omissão pode ser corrigida até o momento processual em que for permitido opô-la, o que não se dá com a renúncia, pois, uma vez manifestada, ela afasta por completo toda possibilidade de ser alegada” (Ibid., p. 326). Em sede jurisprudencial, já se ressaltou: “Existe a possibilidade de os contratantes estabelecerem a cláusula *solve et repete*, na qual o contratante cumpre a sua obrigação mesmo perante o descumprimento da prestação do outro, podendo voltar-se contra o inadimplemento apenas para exigir perdas e danos. É uma renúncia a *exceptio*” (TJSP, 2ª C. Dir. Públ., Apelação Cível n. 9069579-43.2004.8.26.0000, Rel. Des. José Luiz Germano, julg. 17/11/2009).

⁹ Ao tratar do artigo 1462 do Código Civil italiano, que, de forma diversa da codificação brasileira, prevê expressamente a possibilidade da convenção da cláusula *solve et repete*, Alberto Maria Benedetti destaca: “(...) permite-se aos particulares estabelecer, mediante expressa cláusula *solve et repete*, ou outra de teor análogo, que a exceção de contrato não cumprido (assim como a outra exceção dilatória prevista no artigo 1.461 do *Codice civile*) não possa ser empregada pela parte da qual se exige o cumprimento em face daquela que o exige. Ou melhor, que não possa ser utilizada imediatamente, enquanto aquele que interporia a exceção deve primeiro cumprir e somente em um segundo momento pode fazer valer as ações e exceções úteis para repetir o pagamento” (BENEDETTI, Alberto Maria. La excepción de incumplimiento del (y contra el) contratante débil en el derecho italiano. *Revista de Derecho Privado*, n. 20, 2011, p. 261. Tradução livre do original). Na doutrina brasileira, Caio Mário da Silva Pereira sustenta: “Tendo, então, em vista a taxologia desta cláusula ou pacto, pode-se desde logo considerar que ela tem uma finalidade específica, qual seja limitar, em favor daquele a quem beneficia, a oponibilidade de exceções relativas à inexecução das obrigações contratuais, como é o caso da *exceptio non adimpleti contractus*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos e Obrigações – Pareceres*: de acordo com o Código Civil de 2002, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 472). Ainda sobre a matéria, Orlando Gomes afirma que: “A *exceptio non adimpleti contractus* não pode ser arguida se quem tem direito a opô-la a ela renunciou, ou se o contrato contém a cláusula *solve et repete*” (GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111). Em sentido semelhante, também na doutrina brasileira, João Pedro de Oliveira de Biazzi destaca: “A exceção de contrato não cumprido é um instituto renunciável. Da mesma forma que posso fazer uma cláusula limitativa de responsabilidade, posso estipular num contrato algo como: ‘o sujeito não poderá se valer da exceção de contrato não cumprido nesse contrato’. Essa cláusula que afasta a *exceptio non adimpleti contractus* tem um nome específico: *solve et repete*” (BIAZZI, João Pedro de Oliveira de. Exceção de contrato não cumprido. *RJLB*. a. 4, n. 6, 2018, p. 541).

¹⁰ REALMONTE, Francesco. Eccezione di inadempimento [Verbete]. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1958, p. 238.

repete. Buscar-se-á no presente estudo, portanto, lançar possíveis bases para uma reflexão sobre o cabimento da renúncia a esse e outros tipos de exceções no direito privado.

Ultrapassadas, então, essas questões preliminares, passar-se-á ao exame da utilização da cláusula *solve et repete* na experiência jurídica estrangeira. Na sequência, investigar-se-ão algumas perspectivas de atuação das cláusulas *solve et repete* na realidade brasileira, a fim de perquirir, em termos gerais, a admissibilidade e os respectivos limites ou requisitos dessa convenção na sistemática do ordenamento pátrio. Por fim, analisar-se-á a repercussão desse expediente na seara dos contratos de adesão e dos contratos inseridos em relações de consumo, situação que difere do mero estabelecimento da ordem de cumprimento das prestações.¹¹

1. Notas sobre o tratamento das cláusulas *solve et repete* na experiência estrangeira.

Na tarefa de perquirir a admissibilidade das cláusulas *solve et repete* no direito brasileiro, revela-se útil, inicialmente, aludir ao seu desenvolvimento doutrinário e normativo na experiência estrangeira, a fim de compreender traços relevantes da evolução e do estado atual da ciência jurídica de outros sistemas sobre a temática. Neste aspecto, optou-se por se dedicar especial atenção à prática italiana, com pontual menção às experiências portuguesa e francesa, atentando-se, a um só tempo, à brevidade desta sede e à destacada influência historicamente exercida por tais sistemas sobre a civilística brasileira.

¹¹ Os contratantes podem estipular, em contratos de consumo e de adesão, uma ordem das prestações, isto é, primeiro o aderente ou consumidor paga e, somente em momento posterior, pode reclamar o incumprimento da contraparte. Tal noção poderia levar ao equívoco de que essa disposição consiste em uma cláusula *solve et repete*, e, justamente por se inserir em contratos de adesão ou de consumo, seria maculada de invalidade. Parece, contudo, que essa previsão constitui simples resultado do exercício da autonomia privada das partes, de modo que o efeito em comento – obstar a invocação da exceção de contrato não cumprido por parte do consumidor ou do aderente – não decorre do mecanismo de uma cláusula *solve et repete*, mas tão somente da disciplina básica da exceção de contrato não cumprido, a impedir a oposição da *exceptio* por parte do contratante que deveria cumprir a sua prestação em primeiro lugar. Ao tratar dessa disciplina, à luz da exceção de contrato não cumprido, Giovanni Persico afirmou que “a concessão do benefício acaba por se configurar como um caso de renúncia tácita” (PERSICO, Giovanni. *L’eccezione d’inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 215. Tradução livre). Na doutrina brasileira, João Pedro de Oliveira de Biazzi sustenta a ausência de nulidade na celebração de ordem nas prestações: “A celebração de ordem nas prestações é estabelecimento de própria conveniência do programa contratual. (...) Não há propriamente uma preocupação do Estado e da ordem jurídica, melhor dizendo, em dar nulidade a esse tipo de disposição contratual nas cartilhas dos contratos por adesão, mesmo sendo consumerista” (BIAZZI, João Pedro de Oliveira de. Exceção de contrato não cumprido. *RJLB*, a. 4, n. 6, 2018, p. 541-542).

Afirma-se, na doutrina italiana, que a cláusula *solve et repete* era recorrente na práxis comercial – especialmente nos contratos de compra e venda de empresas, nas locações e no transporte – e amplamente admitida pela jurisprudência no período anterior à promulgação do *Codice Civile* de 1865.¹² Além disso, destaca-se o expressivo desenvolvimento do mecanismo *solve et repete* em matéria fiscal, no sentido de impedir que o contribuinte retardasse ou negasse o pagamento do crédito tributário com base na arguição de matérias de defesa.¹³ Impunha-se, assim, ao contribuinte, em primeiro lugar, o pagamento, de modo que o ato de acionar o Estado com a finalidade de anular o débito e postular a repetição do tributo pago indevidamente somente seria viabilizado em momento posterior. Tão expressiva parece ter sido a influência do desenvolvimento da matéria na seara fiscal que se chega a sustentar, em doutrina, que a difusão da cláusula *solve et repete* (ou *exceptio solutionis*) na prática contratual se deu sob inspiração direta dessa figura *análoga* do direito tributário.¹⁴

Há que se destacar, contudo, que, no período compreendido entre a promulgação do *Codice Civile* italiano de 1865 e o advento do diploma de 1942, a admissibilidade da cláusula *solve et repete* foi objeto de críticas. Um primeiro ponto levantado contra tal convenção era de ordem processual, no sentido de que seria ilógico vedar a oponibilidade da exceção de contrato não cumprido e reconhecer, em ação autônoma, o descumprimento da parte que seria a excepta, situação que representaria injustificada cisão (conquanto provisória) do exercício da jurisdição.¹⁵ Outro argumento contrário à aceitabilidade das cláusulas *solve et repete*, por outro lado, dizia respeito a considerações de ordem moral, no sentido de que a parte beneficiada se encontraria em situação de superioridade injustificada.¹⁶

¹² Cf. SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*. Tese (Doutorado em Direito). Università degli Studi di Padova. Padova, 2008, pp. 21-24. Em relação ao desenvolvimento doutrinário dessa disciplina em momento anterior ao advento do *Codice Civile* de 1942, identifica-se a menção à ideia de uma “renúncia antecipada de exceção”, a qual “somente é considerada inválida quando forem violados os limites colocados à autonomia individual” (BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1936, p. 233. Tradução livre do original).

¹³ Para uma análise detida da matéria, v. SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*, cit., pp. 25-34.

¹⁴ Sobre o tema, Francesco Messineo sustenta: “A cláusula (ou pacto) *solve et repete* (ou *exceptio solutionis*), penetrada na prática por imitação do análogo instituto do direito tributário, mas com pressupostos e eficácia a si subjacentes, e ora admitida pela nova legislação (1942), opera se e na medida em que seja incluída livremente pelas partes no nexa contratual” (MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*: (Artt. 1321-1469 Cod. Civ.). Milano: Giuffrè, 1948, p. 541. Tradução livre do original).

¹⁵ Para um relato mais detido acerca das críticas de índole processual, v. SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*, cit., pp. 53 e segs.

¹⁶ BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (artt. 1460-1462), cit., pp. 114 e segs.

Em que pese a existência das supramencionadas críticas, o *Codice Civile* italiano de 1942, inovando em relação ao predecessor de 1865, expressamente prevê em seu artigo 1.462 a possibilidade de convenção de cláusula limitativa da oponibilidade de exceções.¹⁷ A partir da leitura do dispositivo, o qual faz menção à expressão “proponibilidade de exceções” (“*proponibilità di eccezioni*”, no original), pode-se perceber que sua redação, de pronto, revela que a cláusula *solve et repete* não é uma figura ontologicamente limitada à exceção de contrato não cumprido. Com efeito, pode-se cogitar da sua aplicação, ao menos em tese, às mais variadas exceções passíveis de oposição pelo devedor.¹⁸ Essa previsão legal, entretanto, não se manteve ileso a questionamentos. O artigo 1.462 do *Codice Civile* italiano foi alvo de indagações acerca de sua constitucionalidade, alegadamente por violação aos princípios da igualdade substancial e do acesso à justiça. A *Corte di Cassazione* e a *Corte Costituzionale* sedimentaram, contudo, o entendimento pela sua plena legitimidade.¹⁹

Importa observar que a previsão do artigo 1.462 do diploma italiano impõe dois limites à admissibilidade da cláusula *solve et repete*, quais sejam: (i) a sua ineficácia diante de invalidade ou rescisão²⁰ do contrato e (ii) a possibilidade de afastamento, por parte do

¹⁷ “Art. 1.462. Cláusula limitativa da proponibilidade de exceções. A cláusula pela qual se estabelece que uma das partes não pode opor exceções a fim de evitar ou de retardar a prestação devida, não tem efeito para as exceções de nulidade, de anulabilidade e de rescisão do contrato. Nos casos em que a cláusula for eficaz, se o juiz achar que concorrem motivos graves, pode, apesar da circunstância, suspender a condenação, impondo, quando for o caso, uma caução” (tradução livre do original).

¹⁸ Giorgio Cian e Alberto Trabucchi relatam, no entanto, uma tendência da jurisprudência italiana no sentido de que a cláusula *solve et repete* não poderia limitar a oponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus*, mas apenas da *exceptio non rite adimpleti contractus* (CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Padova: CEDAM, 1988, p. 1.089). Também para um relato do referido entendimento jurisprudencial, v. DELLACASA, Matteo; ADDIS, Fabio. *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). *Trattato del contratto*, v. V, *Rimedi* – 2. Milano: Giuffrè, 2006, p. 490. Como se sabe, a *exceptio non rite adimpleti contractus* foi concebida em doutrina para justificar a oposição da exceção de inadimplemento não apenas quando a prestação (correspectiva à que se pretendesse retardar) fosse integralmente descumprida pela contraparte, mas igualmente quando a prestação fosse cumprida de modo insatisfatório. Parece recomendável, contudo, a superação da outrora rígida distinção entre as duas facetas da exceção de contrato não cumprido, como já se pôde sustentar em outra sede: “Sem embargo da importância prática assumida pela enunciação teórica da exigência de atuação conforme à boa-fé, pode-se afirmar que a oponibilidade da *exceptio non rite adimpleti contractus* (à semelhança da *exceptio non adimpleti contractus*, caso admitida a distinção entre as figuras) limita-se não apenas pela exigência de boa-fé objetiva, devendo-se reconhecer o controle de merecimento de tutela no exercício das situações jurídicas subjetivas em geral. Verifica-se, portanto, que a exigência de atuação conforme à boa-fé objetiva ou mesmo a sujeição ao controle valorativo em geral não são aspectos aptos a sustentar uma suposta distinção entre a *exceptio non rite adimpleti contractus* e a *exceptio non adimpleti contractus*” (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*, v. 78, 2017, pp. 77-78).

¹⁹ Assim relatam SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*, cit., pp. 71-81; e DELLACASA, Matteo; ADDIS, Fabio. *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, cit., pp. 489-491.

²⁰ No tocante ao termo “rescisão” convém destacar sua vinculação à lesão em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros ocidentais. No âmbito do direito brasileiro, contudo, registra-se o abandono dessa associação pela codificação civil de 1916: “O Código Civil de 1916 abolira a rescisão por lesão, não obstante sobreviver ela na

magistrado, perante graves motivos que justifiquem a suspensão da sua eficácia, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva.²¹ O primeiro limite é mais facilmente fundamentado pela doutrina italiana. Entende-se que as invalidades contratuais são detentoras de uma particular carga de gravidade, o que gera uma indisponibilidade, pelas partes, quanto a estipulações destinadas a retirar a oponibilidade de exceções que possam contestar a validade do contrato – como sucede com as arguições de nulidade e anulabilidade e com o pleito de rescisão.²² A segunda limitação, por sua vez, associada ao princípio da boa-fé objetiva, revela que não faria sentido a admissão de comportamento de um dos contratantes no sentido de invocar a cláusula caso esse próprio oponente houvesse incorrido em violação ao padrão leal de conduta esperado.²³

generalidade dos Códigos ocidentais, nos quais sofreu certa restrição, que lhe reduzia o campo de atuação ao contrato de compra e venda e à partilha” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 439).

²¹ ROPPO, Enzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 926-927. A propósito da possibilidade, prevista no art. 1.462, n. 2, de o juiz suspender a eficácia da cláusula *solve et repete*, v. SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*, cit., pp. 199 e segs.; TURCO, Claudio. *Lezioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 651.

²² Sobre o caráter de ordem pública inerente à disciplina da nulidade, afirma San Tiago Dantas: “Uma das regras importantes para nós distinguirmos uma nulidade de uma simples irregularidade ou falta de requisito do ato jurídico é a regra do prejuízo. Há requisitos de ato que, se porventura não são observados, induzem imediatamente um prejuízo para as partes. E há outros que, pelo contrário, não induzem nenhum prejuízo. Diziam, então, os velhos juristas franceses: não há nulidade sem prejuízo – *pas de nullité sans grief* –; e esta regra, tomada como um sentido absoluto, tem mesmo prejudicado a disciplina das nulidades, porque há casos que temos nulidade mesmo sem prejuízo – são os casos em que, evidentemente, o requisito, a exigência, a solenidade foi posta na lei por um critério de ordem pública. Vê-se, portanto, que temos dois critérios que precisam ser considerados: o critério do prejuízo e o critério da ordem pública. Sempre que um requisito é posto a um ato por interesse claramente de ordem pública, a falta daquele requisito faz anular o ato; quando, porém, não se patenteia este interesse de ordem pública, mas sim o interesse da parte – quer dizer o requisito é introduzido no interesse de uma das partes –, então devemos ver se a falta de um requisito conduziu ou não a um prejuízo. Se conduziu, podemos nos inclinar para a nulidade; se não conduziu podemos dizer, como no direito antigo – *pas de nullité sans grief* –, e considerar mera irregularidade a falta que estamos verificando” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 280-281). Já se propõe, na doutrina contemporânea, a revisitação do entendimento tradicional que distingue nulidade e anulabilidade com base no interesse que cada qual visaria a tutelar. Para o desenvolvimento dessa análise crítica, remete-se a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, item 2.2.1.

²³ Alberto Maria Benedetti comenta as limitações à cláusula *solve et repete* previstas pelo legislador italiano: “O art. 1.462 do *Codice Civile* prevê que a cláusula limitativa pode operar apenas para as exceções sinalagmáticas, e, portanto, sobre o terreno característico das autodefesas contratuais: ela, então, não irradia os seus efeitos sobre aquelas exceções que contestam a validade do contrato (nulidade, anulabilidade, rescisão) e, como se lê na jurisprudência, é definitivamente ‘destinada a operar sobre o plano do adimplemento’. Não parece difícil explicar as razões dessa exclusão: de uma parte, as invalidades contratuais parecem ser denotadas de maior gravidade (e de uma parcial, se não total, indisponibilidade) seja pelas causas que determinam sua ativação (frequentemente coincidentes com a proteção de interesses indisponíveis e coletivos), seja pela peculiaridade do seu regime jurídico” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (art. 1460-1462), cit., p. 128. Tradução livre do original). O autor prossegue, buscando elucidar as razões que justificam referidas limitações: “Talvez seja propriamente a gravidade das contestações aduzidas com o recurso às exceções genéricas que justifique, nos confrontos destas, a não operatividade da cláusula limitativa; a boa-fé, de outra parte, parece fornecer uma suficiente justificação à regra legislativa, na medida em que o comportamento de quem pretendesse valer-se de uma cláusula *solve et repete* mesmo na presença de vícios que tornam inválido o contrato dificilmente poderia subtrair-se de uma provável valoração de deslealdade” (Ibid., p. 130. Tradução livre do original). Em sentido semelhante, v. TURCO, Claudio.

No âmbito da experiência portuguesa, existe vedação expressa à cláusula *solve et repete* no artigo 18, f, do Decreto-Lei n. 446/1985.²⁴ Tal diploma, que estabelece o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, lista uma série de disposições vedadas em caráter absoluto, dentre as quais se situam aquelas que excluam a exceção de contrato não cumprido ou a resolução por incumprimento.²⁵ Percebe-se, portanto, que a legislação portuguesa apenas afasta expressamente as cláusulas *solve et repete* no âmbito do regime jurídico das condições contratuais gerais, para que se possa tutelar a proteção jurídica do contratante presumidamente vulnerável desse tipo de conteúdo contratual. No âmbito da experiência francesa, ao seu turno, identifica-se em doutrina o entendimento segundo o qual é possível a estipulação, entre os contratantes, de cláusula limitativa.²⁶ Diferentemente do que se verifica nas experiências italiana e portuguesa, porém, parece inexistir na legislação francesa disposição expressa e genérica acerca das cláusulas *solve et repete*.

2. Impressões iniciais sobre a compatibilidade das cláusulas *solve et repete* com o direito brasileiro.

Ultrapassada a breve análise acerca do cenário de aplicabilidade das cláusulas *solve et repete* na experiência estrangeira, convém investigar a sua compatibilidade com o direito brasileiro. Torna-se necessário, nessa empreitada, o exame das hipóteses de exceções que podem ou não ser afastadas, sendo destacadas, desde logo, a exceção de contrato não cumprido e a compensação (na sua acepção de modalidade de extinção das obrigações)²⁷ como circunstâncias passíveis de afastamento por parte dos contratantes. Por outro lado, no que tange

Lezioni di diritto privato, cit., pp. 651-652.

²⁴ “Art. 18. São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: f) Excluam a exceção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento”.

²⁵ Para uma análise da legislação portuguesa acerca das cláusulas contratuais gerais, v. SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 430-431.

²⁶ A sustentar a possibilidade de cláusula limitativa no direito francês: “O contrato sinalagmático é o domínio natural da exceção de inexecução, salvo se a vontade das partes o tiver descartado. Frequentemente, com efeito, as partes preveem uma cronologia das obrigações recíprocas que exclui a execução trato por trato” (MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2015, p. 453. Tradução livre do original).

²⁷ A ressalva se faz necessária para evitar confusões com a noção de *compensatio lucri cum damno*. Sobre a matéria, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. A regra de compensação de vantagens com prejuízos (*compensatio lucri cum damno*) no direito brasileiro. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, *passim*; e SILVA, Jeniffer Gomes da. *Compensatio lucri cum damno: qualificação e aplicabilidade no Direito brasileiro*. No prelo.

às exceções que não podem ser afastadas por força do exercício da autonomia privada, destacam-se a invalidade e a prescrição.

A exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*, em latim), oriunda do direito canônico²⁸, consiste na exceção “em que uma parte demandada pela execução do contrato pode excluir a ação invocando o fato de não ter a outra também satisfeito a prestação.”²⁹ Essa figura está prevista no Código Civil brasileiro no artigo 476³⁰ e comporta dois efeitos fundamentais, quais sejam: a suspensão da exigibilidade da obrigação³¹ e a não imputação dos efeitos da mora.³²

Como já se pôde destacar, a temática das cláusulas *solve et repete* se vincula à questão de fundo sobre a renúncia a exceções. Desse modo, em relação à possibilidade da renúncia ao exercício da exceção de contrato não cumprido, podem-se reconhecer, ao menos, duas formas distintas para sua concretização. Em primeiro lugar, é possível cogitar de uma cláusula inserida no próprio regulamento contratual (seja naquele originário, seja em um termo aditivo), a partir do livre consenso estabelecido entre os contratantes, destinada a excluir previamente a oponibilidade de certa exceção. Há, ainda, a viabilidade de autêntica renúncia posterior por meio de ato unilateral exercido por uma das partes. Nesse caso, resultará em renúncia não só a abstenção do contratante no momento em que poderia opor a exceção e se mantém inerte, como também a manifestação expressa da renúncia.³³

²⁸ “O princípio emanou dos canonistas. Diferentemente do que havia escapado aos romanistas, os estudiosos do direito canônico sobrelevaram o íntimo laço vinculativo de ambas as prestações, não só no momento de sua formação, como ainda no de sua execução” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: Contratos*, v. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, pp. 166-167).

²⁹ MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*, v. II. Rio de Janeiro: F. Alves, 1911, n. 641. Ainda sobre o tema, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia, *Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido*, cit., *passim*.

³⁰ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

³¹ Sobre o tema, destaca Silvio Rodrigues: “Com efeito, a *exceptio non adimpleti contractus* paralisa a ação do autor, ante a alegação do réu de não haver recebido a contraprestação devida; não se debate o mérito do direito arguido, nem o excipiente nega a obrigação; apenas contesta sua exigibilidade, em face de não haver o excepto adimplido o contrato” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3, São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 83-84). Em sentido similar, v., por todos, ASSIS, Araken de. *Comentários ao art. 476 do Código Civil*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Volume V (Arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 686 e ss.

³² “Pode-se dizer que as principais consequências da oposição regular da *exceptio* guardam relação direta com a sua natureza dilatória: em termos sintéticos, vale apontar a suspensão da exigibilidade da obrigação e a não imputabilidade dos efeitos do inadimplemento ao excipiente. Desse modo, o excipiente foge à regra de responsabilidade agravada pela mora (art. 395 do Código Civil), vez que a suspensão da exigibilidade da obrigação afasta a incidência dos efeitos que decorrem normalmente do estado de inadimplemento relativo” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 71).

³³ Sobre a matéria, expõe Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “A renúncia ao exercício da exceção pode ser objeto de (a) cláusula contratual, manifestação do consenso dos contraentes, ou (b) resultar de ato unilateral de uma delas.

Convém destacar, nesse ponto, a dúvida sobre a qualificação daquilo que a doutrina parece tratar como *renúncia mútua ou recíproca*. Como se sabe, a renúncia consiste, na sua acepção mais consagrada, em “ato jurídico pelo qual o titular de um direito dele se despoja”.³⁴ Trata-se, portanto, ao menos na generalidade das suas manifestações, de ato unilateral por excelência. Cogita-se, contudo, em sede doutrinária, da possibilidade de configuração de renúncia na hipótese de estipulação bilateral entre os contratantes quanto ao afastamento da oponibilidade da exceção de contrato não cumprido. A questão é complexa e merece maior desenvolvimento – não cabível nesta sede – sobre os influxos das estipulações bilaterais sobre a qualificação dos atos de renúncia.

Nada obstante a dúvida teórica, nota-se que o legislador brasileiro expressamente admite a estipulação mútua ou recíproca de renúncia. No âmbito da compensação – tema que será mais detidamente analisado na sequência –, podem as partes, de forma mútua, excluir a compensação. Não se costuma encontrar em doutrina maiores esforços de identificação da natureza jurídica desse ato negocial. Apontam-se, por outro lado, requisitos para a sua configuração, tais como a coexistência de dívidas compensáveis e a não abusividade da sua aplicação, de modo a preservar a esfera jurídica de terceiros ou de uma das partes, em prestígio aos princípios da boa-fé e da função social do contrato.³⁵

Nesse cenário, a consequência da celebração de contrato com previsão de cláusula *solve et repete* referente à exceção de contrato não cumprido é a impossibilidade de suspensão da exigibilidade da obrigação a cargo do devedor que, na hipótese de ausência dessa estipulação,

A cláusula inserta no acordo original ou em termo aditivo decorre do interesse das partes de não permitir a suspensão da execução do contrato cuja natureza não recomenda a paralisação enquanto se decide a procedência da defesa dilatória e corresponde ao que se denomina de cláusula *solve et repete*. É um meio de autotutela no contrato bilateral, em favor da parte que tem a receber a prestação indispensável, a fim de impedir que a contraparte se exima de cumprir invocando a exceção. O ato unilateral da parte que, no curso do contrato, renuncia ao exercício da exceção pode se manifestar expressamente ou por simples omissão. A renúncia implícita decorre do não exercício da defesa, quando possível a sua arguição; do cumprimento voluntário da prestação; da entrega do título de crédito; da remissão da dívida etc. A renúncia pode surgir mesmo depois de oferecida a exceção, com a desistência, e até o momento da sentença” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 821-822). A sustentar a renunciabilidade da exceção de contrato não cumprido, v., ainda, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 327.

³⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 263.

³⁵ Ao propósito, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo et al (Coord.). *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. v. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 684; e MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 623 e pp. 625-626.

poderia retardar o cumprimento da prestação devida. Dito de outra forma, o devedor demandado deverá cumprir imediatamente a sua obrigação, ainda que não receba imediatamente o que lhe compete. A cláusula *solve et repete*, atua, então, “em sentido diverso ao da exceção: enquanto nesta a parte se assegura de receber a contraprestação, na renúncia a parte se dispõe a prestar independentemente da contraprestação.”³⁶ A renúncia à oponibilidade da exceção de contrato não cumprido representa, dessa maneira, uma forma de aplicação da cláusula *solve et repete*, uma vez que impõe ao credor a impossibilidade de apresentar a aludida exceção ao devedor.³⁷

Encontra-se, em doutrina, a defesa da existência de uma distinção entre os efeitos da cláusula *solve et repete* e a renúncia, por se entender que aquela consistiria em uma renúncia temporária e esta em uma renúncia definitiva. O fundamento dessa afirmação reside na ideia de que, no âmbito da estipulação da cláusula *solve et repete*, o devedor se vê privado da possibilidade de defesa – com a imposição de uma exceção – apenas por um lapso temporal determinado (e não definitivo).³⁸ Em que pese o louvável esforço de depuração conceitual, parece não haver, ao menos sob o prisma funcional, fundamento para uma distinção rígida entre a renúncia definitiva e a renúncia temporária quando tiverem elas por objeto uma exceção dilatória (tal como a exceção de contrato não cumprido). Com efeito, ou bem a exceção dilatória é oponível e suspende (temporariamente) a exigibilidade de alguma prestação, ou essa exceção não é oponível e a prestação permanece exigível. O caráter dilatório dessas exceções parece inviabilizar, no mais das vezes, uma distinção entre renúncia definitiva e renúncia temporária – ressalvadas, por certo, as hipóteses em que a exceção dilatória tenha aptidão a perdurar por um longo período de tempo, o que legitimaria a cogitação de uma distinção estrutural entre a renúncia temporária e a definitiva.

Outra modalidade de exceção que comporta renúncia, de modo a se adequar a uma aplicabilidade da cláusula *solve et repete*, é a compensação. A compensação (*compensatio*, na acepção latina),³⁹ já conhecida pela tradição jurídica romana⁴⁰ – *Compensatio est debiti et*

³⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato, cit., p. 823.

³⁷ Rafael Villar Gagliardi afirma: “Na prática, pode-se dizer que a cláusula *solve et repete* cria, às avessas, uma sucessividade entre as prestações das partes, de modo a impedir o contratante atingido pelos seus efeitos de invocar a exceção de contrato não cumprido. Cria, além disso, um caráter de abstração das obrigações, antes ligadas a um forte elemento causal, derivado do próprio vínculo sinalagmático” (GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174).

³⁸ Assim sustenta LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 330-331.

³⁹ CAPITANT, Henri. *Vocabulaire Juridique*. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1936, p. 131.

⁴⁰ Para uma análise da evolução histórica da compensação no âmbito da tradição romanista, v., por todos, na doutrina brasileira, MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*, São Paulo: EUD, 1975,

*crediti inter se contributio*⁴¹ – “consiste na recíproca liberação de obrigações, até a concorrência dos respectivos montantes, de pessoas que, simultaneamente, são devedoras uma da outra.”⁴² Em outras palavras, a compensação é um meio de extinção das obrigações que se concretiza nas circunstâncias em que “duas pessoas reúnem as qualidades de credor e devedor, conjunta e reciprocamente”.⁴³ Prevista nos artigos 368 e seguintes do Código Civil brasileiro, a disciplina da compensação, diversamente daquela dispensada à exceção de contrato não cumprido, contém expressa previsão acerca da possibilidade de renúncia ou de afastamento da sua incidência por ajuste das partes ou mesmo por renúncia prévia de qualquer delas (art. 375).⁴⁴

Desse modo, pode-se concluir que, tanto no caso supramencionado da exceção de contrato não cumprido quanto no caso da compensação, seja por meio de renúncia realizada por um dos contratantes, seja por estipulação mútua,⁴⁵ o efeito dessas figuras jurídicas é similar – ambas proporcionam o impedimento de oponibilidade da *exceptio* pelo devedor, característica fundamental das cláusulas *solve et repete*. Esses exemplos (exceção de contrato não cumprido e compensação) permitem demonstrar, portanto, que a aplicação das cláusulas *solve et repete* vai ao encontro da construção doutrinária e do quadro normativo brasileiros.

Convém destacar, por oportuno, uma advertência: a cláusula *solve et repete* comporta uma série de hipóteses que apenas guardam em comum, em última instância, o efeito

pp. 47-48; e BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*, v. 1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 391; e, na doutrina portuguesa, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, v. IX. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 1030-1031.

⁴¹ Sobre a expressão, destaca San Tiago Dantas: “Isto é a compensação, que Modestino definiu como: *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* (a compensação e a contribuição recíproca do débito e do crédito) – definição sintética, muito boa, porque realmente esta imputação de uma na outra, que é característica da compensação.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Contratos*, v. II, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 78).

⁴² BITTAR, Carlos Alberto Bittar. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 391.

⁴³ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 132. Ao propósito da operatividade da compensação como meio de extinção das obrigações, v., por todos, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 984-995; e WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*, trad. Carlo Fadda; Paolo Emilio Bensa, v. II, p. I, Torino: Editrice Torinese, 1904, pp. 342-367.

⁴⁴ “Art. 375. Não haverá compensação quando as partes, por mútuo acordo, a excluírem, ou no caso de renúncia prévia de uma delas.”

⁴⁵ Sobre a possibilidade de renúncia à compensação e de sua exclusão por parte dos contratantes, destaca Clovis Bevilacqua: “Mas pode o devedor renunciar o direito de compensar, reputando-se renúncia o fato de ter pago, apesar de se saber credor. É uma facilidade, um benefício? Ninguém é coagido a aceitar favores. Por outro lado, cada um conhece bem os seus interesses, e, renunciando um certo modo de extinguir suas obrigações é presumível que lhe não seja vantajoso esse modo nas circunstâncias, em que se acha. (...) O nosso Código Civil também permite que as partes, de comum acordo, excluam a compensação” (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*, cit., p.133). Percebe-se, assim, que no âmbito da exceção de contrato não cumprido, a renúncia pode restar configurada pela omissão da parte que pode alegá-la e não o faz, ao passo que na compensação a renúncia ocorre no momento em que, apesar da existência de créditos compensáveis, uma das partes realiza o pagamento, atuando, portanto, de forma ativa.

de afastamento ou mitigação da oponibilidade de exceções. Para além dessa semelhança, contudo, é possível identificar certa diversidade de regime jurídico a depender da específica relação obrigacional. Tal advertência é relevante porque o modo de funcionamento da cláusula variará conforme a hipótese concreta de incidência.⁴⁶ Voltando ao exemplo da renúncia à compensação, parece legítima – sempre em linha de princípio – e útil a cláusula *solve et repete* para o afastamento da exceção de compensação, a exemplo de quando as partes mantiverem diversos contratos independentes (i.e., não conexos) entre si, e pretenderem assegurar a máxima efetividade de um ou alguns independentemente da existência de débitos oriundos de outros. Com efeito, não parece haver óbice para que as partes convençionem a mitigação ou o afastamento da exceção de compensação para certos e específicos contratos dentre os tantos que eventualmente mantenham em possível nexo de conexão.

No que tange à cláusula *solve et repete* destinada a afastar o cabimento da exceção de contrato não cumprido, vale mencionar que tal estipulação não obsta a deflagração dos demais efeitos ordinariamente associados à situação de inadimplemento da parte. Desse modo, o credor pode se valer dos meios ordinários de coerção *indireta* – tais como inscrição do nome do devedor em cadastro negativo, realização protesto, dentre outros –, em exercício regular do seu direito, sem que tal conduta configure ato ilícito deflagrador de responsabilidade civil subjetiva. Além disso, pode-se cogitar da hipótese em que o credor se vê autorizado a executar prontamente uma garantia.

A título exemplificativo, é possível vislumbrar, em hipótese de existência de penhor ou hipoteca, a legitimidade da excussão da garantia real pelo credor sem que o devedor possa obstar esse procedimento por meio da oposição da exceção de contrato não cumprido; eventual conclusão final sobre a “culpa” do credor se resolveria, então, em perdas e danos, com tutela ao terceiro de boa-fé que adquiriu o bem.⁴⁷ Pode-se, ainda, vislumbrar utilidade prática na

⁴⁶ Sobre o modo de funcionamento da cláusula *solve et repete*, Claudio Turco esclarece que “a parte onerada pela cláusula não poderia, em particular, recusar-se a adimplir a própria prestação ou suspender ou retardar sua execução – por exemplo, o vendedor não entregar o bem vendido – mesmo diante do inadimplemento ou do perigo de inadimplemento da contraparte (por exemplo, falta ou risco de falta do pagamento do correspondente a cargo do comprador); mas deveria, em todo caso, cumpri-la (*solve*), ressalvado poder sucessivamente agir pela repetição relativa (*repete*) em caso de resolução por inadimplemento” (TURCO, Claudio. *Lezioni di diritto privato*, cit., p. 651).

⁴⁷ O exemplo permite observar que a aplicação da cláusula *solve et repete* se afigura relevante tanto nas hipóteses em que há a existência de mais de dois sujeitos quanto nos casos em que há mais de dois vínculos contratuais, com a finalidade de reforçar a obrigatoriedade ou celeridade de um contrato específico. Assim, as partes que travam numerosas relações podem afastar a oponibilidade da compensação, como supramencionado, de modo que as prestações de cada contrato sejam cumpridas independentemente do que é devido em razão de outros contratos. Acerca da interferência na esfera jurídica de terceiro em hipótese semelhante associada à compensação, destacou

hipótese de afastamento da exceção de contrato não cumprido, bem como de outras exceções, por parte do garantidor de uma relação principal (ex.: o fiador paga ao credor principal sem opor exceções e depois pleiteia regresso em face do devedor-afiançado),⁴⁸ o que pode gerar uma aparente confusão com as garantias autônomas à primeira solicitação.⁴⁹

Essa figura jurídica consiste em espécie do gênero *garantia autônoma*, cujo escopo

João Manoel de Carvalho Santos: “Em se tratando de renúncia prévia, quer seja expressa, quer tácita, ela opera entre as próprias partes, produzindo efeitos também em relação aos terceiros, que, por acaso, tenham interesse em se aproveitar da extinção dos créditos recíprocos. (...) No que diz respeito à renúncia posterior, é que se faz mister distinguir os efeitos entre as próprias partes e também em face de terceiros. Entre as próprias partes, em regra, a renúncia posterior à compensação produz efeitos amplos, sendo possível até mesmo que a renúncia abranja retroativamente a compensação. Não é exata a doutrina de que a renúncia abrange apenas os efeitos futuros que pudessem resultar. (...) Justifica-se o princípio de que a renúncia à compensação não pode prejudicar os direitos de terceiros, por isso que a compensação extingue necessariamente os débitos, desde o momento de sua existência, de forma que, quem renuncia ao benefício da lei, não pode impor o fato próprio àqueles que querem gozar do benefício legal. Daí a consequência, geralmente admitida: se renasce *inter partes* a ação creditória extinta, ressurgue desprovida de qualquer garantia ou acessório, que diga respeito a terceiros; o penhor e a hipoteca não subsistem senão entre as partes; os fiadores são liberados” (SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XIII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 301, p. 302 e p. 306-307).

⁴⁸ A viabilidade de utilização da cláusula *solve et repete* em contratos de fiança é ressaltada em doutrina: “Certas vezes ao contrato de fiança se apõe uma cláusula segundo a qual ‘toda exceção de qualquer natureza somente poderá ser exercitada depois da integral satisfação da demanda (da parte do credor)’. Trata-se de uma convenção (recorrente, por exemplo, nas fianças requeridas nas operações de *leasing* em garantia do pagamento da taxa por parte do utilizador) que tem o escopo de assegurar ao credor uma rápida realização do seu interesse segundo modalidades análogas àquelas dos contratos autônomos de garantia à primeira solicitação (...): o fiador, de fato, deve cumprir imediatamente a sua obrigação, podendo fazer valer as próprias exceções apenas depois do pagamento, em via de repetição” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 802. Tradução livre do original). Na doutrina brasileira, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda reconhece genericamente a admissibilidade da cláusula *solve et repete* em contrato de fiança: “A *durior causa* pode ser a respeito de cláusula sobre dia, modo ou lugar. A cláusula penal inserida na fiança, quanto a essa, não torna excessiva a fiança, mesmo se não está no negócio jurídico entre o devedor principal e o credor (...). Nem a cláusula *solve et repete*. Por onde se confirma que o que importa, para se saber quanto ao excesso, é a dívida, a determinação da extensão objetiva que não exceda àquela. Se se aumenta o quanto da cláusula penal que se acha no negócio jurídico principal, então há excesso, porque, se o fiador não se retarda, tem de pagar a mais. Não é o mesmo o que ocorre se a cláusula é para o caso de o fiador não adimplir” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XLIV. Atual. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 243).

⁴⁹ No que tange à conceituação das garantias autônomas, afigura-se pertinente a lição de Antunes Varela: “A *garantia autônoma*, nas diversas variantes que comporta na atual prática comercial, pode assim ser genericamente definida como o contrato oneroso em que *alguém* (o *garante*, geralmente a *instituição bancária* ou a seguradora de créditos) assume perante o credor o dever de assegurar o pagamento da dívida de terceiro, independentemente da *validade* ou *eficácia* da relação contratual que serve de fonte ao crédito” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II. Coimbra: Almedina, 2001, p. 515). Mencione-se, por oportuno, a distinção entre garantias autônomas *simples* e garantias autônomas *à primeira solicitação*: “Distinção clássica no âmbito das garantias autônomas é entre a garantia autônoma simples e a garantia autônoma à primeira solicitação (*on first demand*), sendo esta última a sua modalidade mais comum. No primeiro caso, o credor/garantido terá que provar o fato constitutivo do seu direito para o garante cumprir (nos termos fixados no contrato). Se a garantia for à primeira solicitação, tal requisito é dispensado (não tem que fazer essa prova), bastando ao primeiro exigir o pagamento nos termos acordados. Estes podem limitar-se ao pedido ‘puro e simples’, podem impor a justificação do pedido (pedido justificado, especificando o incumprimento do dador da ordem) ou o pedido acompanhado de certos documentos. Neste último caso, a garantia diz-se com justificação documental” (VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 126).

primordial é atribuir ao garantidor a obrigação de garantir a satisfação do crédito independentemente da validade ou da eficácia da obrigação principal garantida.⁵⁰ A *garantia autônoma à primeira solicitação* caracteriza-se, em oposição à *garantia autônoma simples*, pelo fato de que na primeira (garantia autônoma à primeira solicitação) o garantidor não pode opor qualquer exceção à exigência da garantia, devendo satisfazer o crédito, sem discussão, tão logo assim seja solicitado pelo credor,⁵¹ enquanto na última (garantia autônoma simples) admite-se a oponibilidade de exceções próprias da relação de garantia, respeitada, em ambos os casos, a autonomia no que tange à validade e à eficácia do crédito garantido.⁵² Em que pese certa similitude estrutural, existe uma nítida distinção funcional entre a garantia autônoma e a garantia com cláusula *solve et repete*, na medida em que a cláusula *solve et repete* não afasta o caráter acessório da garantia e, portanto, não impede a arguição de exceções pelo garantidor em sede de pleito de repetição.⁵³

Quanto ao modo de funcionamento da garantia autônoma à primeira solicitação,

⁵⁰ Na definição de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “Esta garantia ocorre quando determinada entidade (normalmente uma instituição bancária ou financeira vem garantir pessoalmente a satisfação de uma obrigação assumida por terceiro, independentemente da validade ou eficácia desta obrigação e dos meios de defesa que a ela possam ser opostos, assegurando assim que o credor obterá sempre o resultado do recebimento dessa prestação” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 122-123). O autor sustenta a plena admissibilidade das garantias autônomas como decorrência da autonomia privada: “Essa estipulação não viola qualquer regra de ordem pública, já que corresponde a um legítimo interesse do credor o de assegurar a subsistência da obrigação do garante, mesmo nos casos em que não pode por qualquer razão demandar o devedor principal” (Ibid., p. 124). Em sentido semelhante, v. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. 10. ed. 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 278-279.

⁵¹ “A cláusula ‘à primeira solicitação’ exclui de todo a acessoriedade típica da garantia fidejussória e impede ao garantidor de fazer valer as exceções fundadas sobre o vínculo garantido” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 803. Tradução livre do original).

⁵² V. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 126-127.

⁵³ Nesse sentido, Pietro Perlingieri ressalta a distinção entre o contrato de fiança com cláusula *solve et repete* e a garantia autônoma à primeira solicitação: “A fiança com cláusula *solve et repete*, embora similar à garantia autônoma à primeira solicitação, dela permanece distinta porque naquela [na fiança com cláusula *solve et repete*] sobrevive a típica acessoriedade fidejussória” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 802. Tradução livre do original). Ainda no sentido da distinção, Francesco Gazzoni afirma: “A cláusula [*solve et repete*] não elimina, porém, a possibilidade de opor as exceções à base da ação de repetição, uma vez cumprida a prestação, porque o caráter acessório da fiança não é posto em discussão pela cláusula, a qual opera apenas sobre o plano da execução da relação (...). No caso do pagamento à primeira solicitação, diversamente, o contrato é autônomo em relação ao vínculo garantido e, portanto, em nenhum caso o garantidor poderá arguir exceções atinentes a tal vínculo nem poderá fundar sobre o mesmo a ação de repetição” (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 1326-1327. Tradução livre do original). Para uma análise detida das garantias autônomas, incabível nesta sede, remete-se a LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 121-132; ATAÍDE, Daniel Medina. A garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (Coord.). *Garantias das obrigações: publicação dos trabalhos do mestrado*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 175-205; e PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 803-805.

entende-se que o fiador demandado não pode opor exceções ao credor. Na sequência, após a satisfação do crédito, o fiador se sub-roga nos direitos do credor e cobra a restituição diante do devedor. O devedor principal, por sua vez, após a devida restituição ao fiador, poderá arguir vícios do negócio para pleitear a repetição, pelo credor principal, do quanto este recebera da parte do fiador.⁵⁴

Para além das hipóteses de aplicabilidade da cláusula *solve et repete* no âmbito da exceção de contrato não cumprido e da compensação, pode-se destacar, ainda, a sua operatividade no plano da resolução do contrato por incumprimento. Vale esclarecer que não se trata de limitação ou exclusão de responsabilidade, uma vez que a celebração dessa manifestação de cláusula *solve et repete* não exime o credor de cumprir a sua obrigação; em realidade, apenas impede que o devedor invoque o inadimplemento do credor com a finalidade de resolver a relação contratual.⁵⁵ Hipótese mais controvertida – e que nem por isso deixa de

⁵⁴ Tal sistemática é elucidada por Claudio Turco: “Em outras palavras, no contrato autônomo de garantia ou garantia ‘à primeira solicitação’ opera a plena inoponibilidade ao credor garantido, por parte do garantidor, das exceções concernentes ao devedor principal e relativas ao vínculo obrigatório entre este último e o próprio credor. Em particular, o garantidor, além de estar obrigado a cumprir a prestação em garantia *nei confronti* do credor garantido, não pode agir nem mesmo sucessivamente contra ele com a ação de repetição de indébito (art. 2.033 do *Codice Civile*) por vício causal do vínculo do qual se origina o crédito garantido e que liga unicamente credor e devedor principal; mas, depois de haver pago e com base na disciplina da fiança, ele poderá beneficiar-se da sub-rogação legal nos direitos do credor satisfeito e (...) agir em regresso contra o devedor principal (arts. 1.949-1950 do *Codice Civile*). Será este último, em vez, depois de haver reembolsado o garantidor, a poder fazer valer eventual vício causal do vínculo com o próprio credor (ex.: inexistência do crédito por nulidade do título constitutivo da obrigação) e postular a repetição de indébito *nei confronti* do mesmo para recuperar a prestação em garantia por este último pretendida e recebida *sine causa*” (TURCO, Claudio. *Lezioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 709. Tradução livre do original). O autor prossegue na explicação da garantia autônoma à primeira solicitação: “(...) o eventual vício do vínculo obrigatório no qual se insere o crédito garantido e que representa a ‘causa’ da garantia não importa entre credor garantido e garantidor, que não são diretamente ligados a tal vínculo, mas unicamente entre devedor principal e credor garantido, os quais são partes ‘diretas’ desse vínculo: o que se explica para que o garantidor seja obrigado em todo caso a cumprir a prestação em garantia do credor e sucessivamente somente o devedor principal, que haja reembolsado o garantidor, possa agir em repetição contra o próprio credor, o qual haja indevidamente reclamado e recebido a prestação em garantia” (Op. cit. Tradução livre do original). Claudio Turco registra, todavia, uma ressalva consagrada na praxis italiana: “Por prever possíveis abusos da parte do credor garantido, que requeira o cumprimento da garantia nada obstante subsistam fortes dúvidas sobre o fundamento ‘causal’ da mesma (por exemplo, evidente nulidade do título constitutivo do crédito garantido), já se veio a consentir ao devedor principal que obtenha do juiz a suspensão do pagamento por parte do garantidor, ao menos nos casos em que o mesmo devedor possa demonstrar que o comportamento do credor garantido seja flagrantemente incorreto e marcado pelo dolo (a dita *exceptio doli*) e, portanto, contrário à boa-fé objetiva, bem como consciente e intencionalmente voltado, na espécie, a auferir um benefício que não lhe respeite” (Ibid., pp. 709-710. Tradução livre do original).

⁵⁵ Nesse sentido, afirma Ana Prata: “Finalmente, a estipulação pode visar não apenas facultar ao credor o exercício judicial do seu direito ‘sem encontrar obstáculos, na eventual oposição de exceções’, mas também afastar o próprio direito à resolução do contrato por incumprimento. Nesse caso, a parte não só não pode invocar o não cumprimento do outro contraente para não cumprir desde logo, como não pode fazê-lo para definitivamente se liberar do cumprimento através da resolução do contrato. Em caso algum, a estipulação afasta o dever de cumprimento, que incumba ao seu beneficiário, como não o isenta da responsabilidade pela inexecução, não constituindo, por isso, uma forma de limitação ou exclusão de responsabilidade” (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da*

receber acolhimento em doutrina – corresponde ao afastamento da exceção que se haveria de deflagrar diante da onerosidade excessiva.⁵⁶

Não se está a ignorar a possível sensação inicial de espanto diante da ideia de se compelir um contratante a cumprir mesmo sem ter recebido a contraprestação devida pela contraparte (efeito basilar da cláusula *solve et repete*).⁵⁷ Em que pese o estranhamento inicial, pode-se perceber que, em realidade, muitas vezes se estará diante de sistemática menos drástica do que a de outros expedientes admitidos de longa data – pense-se, por exemplo, na célebre regra segundo a qual o credor pode postular a incidência da cláusula penal compensatória independentemente da prova da existência ou extensão do prejuízo.⁵⁸ A única discussão que

responsabilidade contratual. Coimbra: Almedina, 1985, p. 51). Na doutrina brasileira, Vitor Augusto José Butruce esclarece que a cláusula *solve et repete* “(...) representa uma espécie de renúncia antecipada ao exercício de determinados direitos potestativos, como a exceção de inadimplemento ou a resolução contratual. No caso específico de obstaculizar-se o oferecimento da exceção de inexecução, a cláusula *solve et repete* permite que seu beneficiário exija o cumprimento da obrigação alheia mesmo se estiver inadimplente; isto é, aquele que se beneficia da *solve et repete* se torna imune a qualquer defesa baseada na sua inadimplência. Sendo assim, qualquer pretensão do contratante fiel somente poderá ser veiculada em ação autônoma, e não como matéria de defesa, sendo-lhe vedado suspender o cumprimento de suas obrigações” (BUTRUCE, Vitor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um ‘direito a não cumprir’*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009, pp. 159-160). No âmbito da doutrina italiana, acerca da problemática do objeto da cláusula *solve et repete*, o artigo 1.462 do *Codice Civile* italiano gerou dúvida referente a saber se a validade da cláusula se limitava à exceção de contrato não cumprido ou se se estenderia a outras exceções (dilatórias ou mesmo peremptórias) arguíveis pelo devedor. Giovanni Sicari sintetiza a questão: “Problema de não pouca importância é, então, aquele de atribuir significado à utilização do termo ‘eccezioni’. A fórmula legislativa utilizada para delimitar o âmbito de eficácia da cláusula, de fato, parece significativamente ampla. Nessa amplitude, sublinhada pela utilização da expressão ‘clauseole’, pareciam estar compreendidas não apenas a *exceptio inadimplenti*, mas também as exceções próprias e as impróprias, estas últimas ainda definitivas objeções, tendentes a relevar a falta dos pressupostos da ação” (SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*, cit., pp. 92-93. Tradução livre do original).

⁵⁶ Giorgio Cian e Alberto Trabucchi vislumbram o afastamento da exceção de onerosidade excessiva via cláusula *solve et repete*: “Deve ser excluída a eficácia da cláusula *solve et repete* não apenas para as exceções fundadas na invalidade do negócio, mas também para aquelas baseadas na inexistência da obrigação de prestação, por sua superveniente extinção. Disso segue que a cláusula parece poder impedir a oponibilidade da simples exceção de contrato não cumprido em sentido amplo, ou, se configurável (...), mesmo da exceção de excessiva onerosidade” (CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 1.089. Tradução livre do original).

⁵⁷ No âmbito da doutrina italiana, a propósito da tensão potencial entre a cláusula *solve et repete* e a proteção da correspectividade prestacional, Alberto Maria Benedetti afirma: “Este mecanismo pode parecer (e para muitos efetivamente parece e pareceu) excessivamente penalizante para uma das partes ou, ainda, excessivamente não generoso nos confrontos do princípio de correspectividade, a cuja proteção são dedicadas as duas primeiras autodefesas contratuais: para superar essa sensação, basta reconhecer que se as partes preferem dar prevalência ao interesse no adimplemento em relação àquele na atuação do sinalagma contratual, o ordenamento – posto diante de interesses (não gerais mas) por sempre referíveis aos privados – pode (e talvez deva) adotar uma postura neutra, limitando-se a traçar os confins de um poder que parece de todo natural à autonomia dos contratantes” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (artt. 1460-1462), cit., p. 117. Tradução livre do original).

⁵⁸ Art. 416 do CC: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.” A ilustrar o prestígio de que goza tal sistemática da cláusula penal compensatória, veja-se a lição doutrinária: “Os efeitos essenciais decorrentes da cláusula penal relacionam-se, assim, com a exclusão prévia de qualquer discussão a respeito das consequências do inadimplemento. A cobrança da multa independe da própria alegação de prejuízo e

pode vir a ter lugar em tal matéria, desde que convencionada, diz respeito à prova de prejuízo suplementar.⁵⁹ Vê-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro legitima cláusula contratual cujo efeito pode ser muito mais alarmante do que o da cláusula *solve et repete*, o que corrobora a conclusão quanto à compatibilidade deste expediente com o direito pátrio.

Convém destacar e reiterar, ainda, que a convenção da cláusula *solve et repete* não retira do contratante a responsabilidade pelo adimplemento da sua obrigação. A renúncia da exceção não se confunde, afinal, com a renúncia ao direito de crédito.⁶⁰ Em que pese a impossibilidade da contraparte demandada de opor exceções (tais como a de contrato não cumprido, de compensação ou até mesmo de resolução do contrato por incumprimento), parece não haver óbice, ao menos em tese, para a sua manifestação no curso do mesmo procedimento (por meio de pleito reconvenicional) ou em ação autônoma para a promoção de execução de seu crédito em face do contratante inadimplente.⁶¹ Sendo assim, na seara processual, um dos efeitos

o credor, salvo disposição em sentido contrário, está impossibilitado de requerer danos que superem o valor da multa contratual. Se, por um lado, o credor assume o risco de não ver seus prejuízos integralmente reparados (abdicando, pois, da reparação integral a que teria direito de acordo com a disciplina legal), o devedor, a seu turno, compromete-se a efetuar a prestação consubstanciada na cláusula penal a despeito da avaliação da existência e quantidade dos prejuízos causados ao credor, o que pode ou não beneficiá-lo: o resultado da fixação possui, como se percebe, relevância reduzida. (...) Ao fixarem de antemão os valores que lhes serão atribuídos ou imputados por ocasião do inadimplemento absoluto, credor e devedor, além de afastarem longas discussões judiciais e a incerteza a elas inerentes, garantem maior dinamismo à extinção contratual. Trata-se de forma de antecipar as consequências de eventual inadimplemento, para que cada uma das partes, a partir desse ajuste, possa gerenciar com segurança sua posição. Daí decorre a impossibilidade de o credor optar entre a cláusula penal compensatória e a cobrança integral, mediante prova, das perdas e danos” (OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 105, 2016, p. 277). As autoras prosseguem, sustentando o caráter aleatório da cláusula penal compensatória: “Mais que ‘reparar os danos’ decorrentes do descumprimento da obrigação principal, a cláusula penal compensatória assume feição de pacto acessório de natureza aleatória - no sentido de que pode ser exigida mesmo na hipótese de inexistirem danos ou de esses não guardarem proporção com o valor da pena -, por meio do qual as partes - ambas - gerenciam os riscos daquela contratação, sabendo de antemão os valores que receberão na hipótese de inadimplemento absoluto, liberando-se dos percalços da discussão a respeito das consequências de tal descumprimento” (OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral, op. cit., p. 278).

⁵⁹ Art. 416, Parágrafo único, CC: “Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

⁶⁰ Ruy Rosado de Aguiar Júnior fornece síntese precisa: “A renúncia à exceção não significa a renúncia ao direito de crédito” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Comentários ao novo Código Civil, cit., p. 824).

⁶¹ Sobre a matéria, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma: “A renúncia à exceção não significa a renúncia ao direito de crédito; o renunciante fica com todos os demais direitos e meios de defesa decorrentes de sua posição, inclusive o de promover a execução do seu crédito, no mesmo feito, mediante reconvenção, ou em processo autônomo. Perde apenas essa defesa indireta” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Comentários ao novo Código Civil, cit., p. 824). Em sentido semelhante, Alberto Maria Benedetti sustenta, à luz do direito italiano, que a pretensão de repetição pode ser veiculada em ação autônoma ou no curso do mesmo processo: “A repetição pode ser reclamada em sede separada ou, segundo orientação hoje prevalente, no curso do mesmo juízo, todas as vezes em que a *solutio* ocorre no curso do juízo durante o qual é impedida a exceção do pagador” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (artt. 1460-1462), cit., p. 117, nota de rodapé n. 9. Tradução livre do original).

da cláusula *solve et repete* consiste em uma espécie de inversão do contraditório, uma vez que a cláusula acaba por “admitir que o sucumbente na lide sumária inicial possa sair vencedor no processo plenário futuro. Desse modo, de certa forma, a primeira demanda terá assegurado direito a quem, ao final, não tinha direito nenhum”.⁶²

Analisados os casos em que a cláusula *solve et repete* se reputa admissível e útil, faz-se necessária uma menção, ainda que sumária, às limitações à sua estipulação.⁶³ Os direitos patrimoniais, de um modo geral, podem ser objeto de renúncia. A doutrina e a própria legislação civil, contudo, impedem a renúncia em alguns casos, como em relação à alegação de invalidade e de prescrição ainda não consumada.⁶⁴ Isso significa afirmar que aos contratantes não é cabível a estipulação de cláusula *solve et repete* com o escopo de inviabilizar o devedor de opor exceção com fundamento em alguma hipótese de invalidade (notadamente diante de causas de nulidade, haja vista a maior gravidade da espécie, a justificar, por exemplo, a mais ampla legitimidade para a sua alegação *ex vi* do art. 168 do Código Civil)⁶⁵ ou com fulcro em prescrição que ainda não se concretizou.⁶⁶

⁶² SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 172.

⁶³ Miguel Maria de Serpa Lopes conclui pela admissibilidade da cláusula *solve et repete* no direito brasileiro, desde que ressalvadas algumas limitações: “(...) a referida cláusula não pode ser entendida deslimitadamente, mas sim guardadas certas reservas, sobretudo no tocante à questão da nulidade, anulabilidade e precipuamente em relação ao dolo. Consideramos, mesmo, que a omissão da nossa ordem jurídica a esse respeito pode ser perfeitamente suprida obedecendo-se à estrutura que vem de lhe dar o atual Código Civil italiano (...)” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 334).

⁶⁴ “Ainda que, em geral, os direitos possam ser renunciáveis, assim como são transmissíveis, alguns há que escapam a esta generalização. Por direito romano, como por direito pátrio, não é lícito renunciar uma sucessão ainda não deferida porque importa em pacto sucessório. Não é lícito igualmente renunciar o direito de anular o ato em razão de dolo nem a prescrição ainda não consumada, nem os alimentos futuros” (BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 264).

⁶⁵ Nesse sentido, reconhece Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “A existência da cláusula de *solve et repete* é ineficaz quando se alega a invalidade do contrato por uma das causas de nulidade, anulabilidade, lesão ou abuso. Isto é, essas questões, porque atingem a validade da relação negocial, podem ser suscitadas ainda que exista a cláusula de renúncia à exceção de não cumprimento. Também não impede a alegação de outras pretensões, derivadas de causas extintivas das obrigações ou do contrato, como pagamento, compensação, confusão, impossibilidade superveniente etc” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 825-826).

⁶⁶ Miguel Maria de Serpa Lopes afirma: “A renúncia à *exceptio* pode ser manifestada nos seguintes momentos: a) antecipadamente, no momento da celebração do contrato; b) após ter ela surgido, mas antes de ser oposta; c) e finalmente depois de ter sido oposta, porém antes da sentença. Exceções existem incapazes de serem renunciadas senão em um dado momento posterior ao seu aparecimento, sendo inoperante a sua renúncia antecipada. Está nesse caso a renúncia à prescrição, que depende dos seguintes requisitos: a) ser manifestada após a consumação do lapso prescricional; b) não haver prejuízo a terceiros (Cód. Civ., art. 161)” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 329). O autor arremata: “Em todos os demais casos, guardados os mesmos princípios, a renúncia às exceções é perfeitamente possível” (Ibid., p. 329). Vale destacar que a vedação à renúncia antecipada à prescrição foi reproduzida pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 191, *in verbis*: “Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado,

A enunciação desses limites não pretende esgotar as perspectivas de contenção das cláusulas *solve et repete*, mas tão somente servir de registro de marcos que possam contribuir com para o desenvolvimento dos debates na matéria. Precisamente a similar desiderato se dedica o item subsequente deste estudo, em que se investigarão possíveis limites à incidência das cláusulas *solve et repete* no âmbito de contratos de adesão e contratos de consumo.

3. Contratos de adesão e contratos de consumo.

Uma vez reconhecida (em atenção aos limites aventados) a compatibilidade da cláusula *solve et repete* com o direito brasileiro, ao menos duas ulteriores indagações se revelam necessárias. No âmbito das relações de consumo, essa cláusula implicaria “renúncia ou disposição de direitos” (hipótese de nulidade nos termos do art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor)?⁶⁷ Na seara das relações civis não consumeristas, ao seu turno, a inserção de tal cláusula configuraria “renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio” (hipótese de nulidade nos termos do art. 424 do CC)?⁶⁸ Inicia-se pela análise desta última questão.

A expressão “contratos de adesão” comporta uma pluralidade de nomenclaturas,⁶⁹ tais como “contratos *standard*”,⁷⁰ “condições gerais dos negócios”⁷¹ e “cláusulas contratuais

incompatíveis com a prescrição”.

⁶⁷ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; (...)”

⁶⁸ “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

⁶⁹ Pertinente a lição de António Pinto Monteiro: “No primeiro caso [contratos de adesão], atende-se mais ao modo como se forma o acordo, numa relação jurídica concreta, evidenciando-se melhor o papel que resta à contraparte, de mera adesão a um modelo previamente elaborado; com a expressão “contratos *standard*”, acentua-se a nota de se tratar de contratos de massa, em série; adoptando-se a terminologia condições ou ‘cláusulas contratuais gerais’, atende-se ao modo como é preenchido o conteúdo de cada um dos múltiplos contratos singulares a celebrar no futuro, integrados, todos eles, por cláusulas unilateral e previamente definidas em termos gerais e abstratos” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 748-749).

⁷⁰ A expressão se consagrou na obra de ROPPO, Vincenzo. *Contratti standard*. Milano: Giuffrè, 1975.

⁷¹ A expressão (oriunda do original “*allgemeine Geschäftsbedingungen*”) é adotada expressamente pela legislação alemã. Em relação ao uso da expressão “condições”, Paulo Lôbo esclarece: “Quanto à terminologia, por que o uso de *condições* e não de *cláusulas*? (...) a palavra *condições* deve ser entendida em seu novo valor, ou seja, quando referida à predisposição, enquanto *cláusula* deve continuar indicando declaração de vontade comum das partes no contrato individual. A generalidade tem sentido de constância e uniformidade. A generalidade não desaparece com a integração das condições gerais, no contrato individual. As condições gerais, mesmo quando assumem forma de cláusulas contratuais, mantêm o atributo de generalidade, coexistindo com cláusulas genuinamente individuais ou

gerais”.⁷² Ainda não se alcançou um consenso geral na doutrina no que tange à identidade ou diversidade de sentido e de disciplina jurídica dos *contratos de adesão* em relação aos *contratos celebrados mediante condições gerais de contrato*.⁷³ Em meio a essa acesa controvérsia doutrinária, difundiu-se na experiência brasileira a definição do *contrato de adesão* a partir da constatação da impossibilidade fática de o aderente *influenciar o conteúdo do contrato* – ou, na célebre dicção do art. 54, *caput*, do CDC, “discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.⁷⁴

Nesse cenário, o contrato de adesão pode ser conceituado como aquele em que um dos contraentes “não tendo a menor participação na preparação e redação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado.”⁷⁵ Desse modo, no que tange à formação dos contratos de adesão, a vontade de uma das partes predetermina unilateralmente, no todo ou em parte, o conteúdo do contrato, restando à contraparte apenas as opções de aceitá-lo ou rejeitá-lo, sem a liberdade de intervir efetivamente nas disposições contratuais.⁷⁶

negociais” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121. Grifos do original).

⁷² A expressão é adotada pela legislação portuguesa e utilizada, entre outros, por MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais* instituído pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 46, Lisboa, dez./1986.

⁷³ Sobre a matéria, Alberto Trabucchi afirma: “Vale destacar que a noção de *contratto per adesione* é mais ampla do que aquela de *contratto standard* (isto é, *contratto concluso mediante condizioni generali di contratto*). De *contratto per adesione* se fala, de fato, todas as vezes em que o regulamento negocial adotado pelos contratantes tenha sido integral e unilateralmente pré-determinado, no seu conteúdo, por apenas uma parte e por ela imposto à contraparte por ocasião da instauração da relação. De *condizioni generali di contratto* pode-se falar, por outro lado, apenas quando o regulamento negocial, cuja adoção uma parte imponha à outra, tenha sido, por sua vez, pré-disposto para disciplinar de modo uniforme uma pluralidade indefinida de relações contratuais. Disso deriva que, enquanto todos os contratos celebrados através do emprego de condições gerais são seguramente *contratti per adesione*, nem sempre pode valer o oposto: em particular não são *condizioni generali di contratto* (e não se sujeitam, portanto, aos arts. 1.341, 1.342 e 1.370 do *Codice Civile*) os *contratti per adesioni* ditos ‘individuais’, celebrados sobre a base de um regulamento negocial pré-disposto unilateralmente por uma parte para a disciplina de uma singular e determinada relação negocial” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Milano: CEDAM, 2013, p. 188, nota de rodapé n. 1. Tradução livre do original).

⁷⁴ CDC: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008) § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

⁷⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. 10. ed. 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 252-253.

⁷⁶ Nesse sentido, António Pinto Monteiro afirma: “Um número significativo de contratos (...), em vez de serem precedidos de uma discussão prévia, em ordem a conformar o seu conteúdo à medida da vontade e dos interesses de ambos os intervenientes, passam a traduzir, de facto, a vontade e os interesses de um deles apenas, normalmente

Destaca-se, na doutrina, a expansão dos contratos de adesão especialmente na esfera das relações de consumo. Para além da diminuta extensão da liberdade de um dos contratantes, como supramencionado, nesses casos, os contratos de adesão acabam nem sequer sendo lidos ou então mal compreendidos pelos consumidores.⁷⁷ Trata-se da chamada “assimetria informativa”.⁷⁸ Além disso, a civilística aponta como razões da expansão dos contratos de adesão, de uma parte, a necessidade de racionalização, planejamento, celeridade e eficácia no tráfego jurídico (correspondência entre produção e distribuição *standard* e contratação *standard*) e, de outra parte, o ajustamento da prática negocial uniformizada ao anonimato característico da atual sociedade de massas.⁷⁹

uma empresa, que predetermina, unilateralmente, no todo ou em parte, o seu conteúdo, elaborando, para o efeito, condições ou cláusulas contratuais gerais destinadas a integrar o conteúdo dos múltiplos contratos a celebrar no futuro, mediante a sua oferta, em massa, ao público interessado” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014, p. 748). O autor arremata: “A liberdade da contraparte fica praticamente limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder realmente interferir, ou interferir de forma significativa, na conformação do conteúdo negocial que lhe é posto, visto que o emitente das “condições gerais” não está disposto a alterá-las ou negociá-las” (Ibid., p. 748). Em sentido semelhante, João de Matos Antunes Varela afirma: “Eles [os aderentes] são apenas livres de aderir ao modelo, padrão ou cláusula que lhes é oferecida, ou de a rejeitar, não de discutirem ou alterarem o conteúdo da proposta” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. 10. ed. 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2010, p. 253). Ainda a propósito da diminuta extensão da liberdade de que dispõem os aderentes: “A sociedade industrial trouxe as grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades. Nasce a sociedade de massas. E nesta, é impossível manter a negociação individualizada dos contratos. Grande número de contratos passa a ser predisposto pela parte sócio-economicamente mais forte, de modo que aos destinatários só resta aderir ou abster-se. O diálogo particular desaparece” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 30, 2003, p. 5). O autor prossegue: “Mas poderá ainda falar-se, nessas circunstâncias, em contrato? A que fica reduzida a autonomia privada? De facto, não há para o aderente liberdade de criação de tipos negociais, nem liberdade de estipulação. Nem sequer há na maior parte dos casos liberdade económica de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais. Mas há a liberdade jurídica de celebração. Desde que o aderente consentiu, fica vinculado. *Pacta sunt servanda*. A discussão desloca-se, então, no séc. XIX e em todo o séc. XX, para a análise do consentimento do aderente. Pergunta-se se esse consentimento tem falhas que inquinem o contrato” (Ibid., p. 6). Em sentido semelhante, v. GOMES, Orlando. *Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 11 e segs. Para o desenvolvimento da investigação acerca do conteúdo e dos limites da liberdade contratual, v., ainda, por todos, BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Vol. III: il contratto. Milano: Giuffrè, 1984, p. 31 e ss.

⁷⁷ “A utilização de contratos de adesão é a regra nas relações de consumo. Grandes empresas que atuam diretamente em setores de consumo final dependem desse instrumento para reduzir custos negociais e riscos de contingências jurídicas, assim como para produzir balanços contábeis coerentes. Contratos de adesão, no entanto, não são formados a partir do livre encontro de vontades; pelo contrário, caracterizam-se precisamente pela elaboração unilateral dos dispositivos contratuais. Não há negociação, ou, se há, ela se dá através de moldes predeterminados que limitam significativamente a expressão da vontade de um dos contratantes. Contratos de adesão muitas vezes não são sequer lidos pelos consumidores no momento da realização do negócio, e, quando lidos, frequentemente não são compreendidos em sua totalidade” (PORTO, Antonio José Maristrello; e GOMES, Lucas Thevenard. *Economia comportamental e contratos de adesão*, a. 9, n. 1. In: *Revista de direito empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55).

⁷⁸ “Insista-se, o problema básico respeita à assimetria informativa e não propriamente à manifestação de um ‘poder de mercado’, que estará mais dependente de factores conjunturais de elasticidade” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 465).

⁷⁹ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014, p. 749. Em

Nesse contexto, em análise crítica acerca dos impactos dos contratos de adesão sobre a regulação econômica das relações de consumo, sob a perspectiva da economia comportamental (vertente da microeconomia em crescimento no âmbito da análise econômica do direito), parte da doutrina sustenta que as cláusulas aparentemente abusivas podem desempenhar funções econômicas legítimas no propósito de alocação eficiente de recursos, das quais se destacam a sinalização de comprometimento e divulgação de informações, a alocação contratual de custos e sensibilidade a preço, e o risco moral e seleção adversa do lado da demanda.⁸⁰ Por outro lado, reconhece-se que os contratos de adesão devem sofrer interferência estatal pela circunstância de abalarem um pressuposto fundamental da teoria econômica neoclássica – o comportamento racional dos aderentes enquanto agentes econômicos; justificarse-ia, assim, a regulação estatal sobre os contratos de adesão na medida necessária para reprimir os vieses comportamentais decorrentes da ausência de racionalidade econômica plena.⁸¹

Outro segmento doutrinário defende, ainda, a necessidade de tutela diferenciada dos contratos de adesão, uma vez que essa disposição contratual se reveste de características peculiares.⁸² Há que se destacar, todavia, que, na perspectiva da análise econômica do direito, afirma-se que o contrato de adesão não implica necessariamente em um prejuízo ao aderente ou consumidor, na medida em que as previsões genéricas predispostas do contrato apenas geram prejuízos nos casos de fixação de preços baixos.⁸³

sentido semelhante, com destaque para os custos que decorreriam da disponibilização plena e individualizada da informação aos aderentes, v. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 460 e segs.

⁸⁰ PORTO, Antonio José Maristrello; e GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão, a. 9, n. 1. In: *Revista de direito empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 59-63.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 63-70. Para uma comparação mais detida entre as supramencionadas vertentes da análise econômica do direito – teoria econômica neoclássica e economia comportamental –, tendo por referência os contratos de consumo, v. o debate promovido pela New York University School of Law entre Oren Bar-Gill e Richard A. Epstein (BAR-GILL, Oren; A. EPSTEIN, Richard. Consumer contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics. In: *Law & Economics Research Paper Series*, working paper n. 17, 2007, *passim*).

⁸² “A resolução de qualquer destes problemas – conhecimento, e plena consciência, por parte do aderente, do sentido e alcance das cláusulas prefixadas e, bem assim, carácter equitativo destas –, do último sobretudo, à luz das situações vigentes para o comum dos contratos negociados, implicaria desconsiderar a situação peculiar dos contratos de adesão” (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014, p. 750).

⁸³ “Não quer isto dizer que o aderente / consumidor seja inevitavelmente prejudicado – como tão frequentemente se presume, sobretudo na abordagem jurídica que propende a ver nos ‘contratos de adesão’ um indício forte de poder monopolístico –, bastando pensar-se que, num ambiente suficientemente concorrencial, os termos genéricos predispostos pelas cláusulas contratuais gerais só conseguirão ser consistentemente desfavoráveis para aquele aderente se forem acompanhados de preços baixos, e deixarão de ser-lhe desfavoráveis com a subida de preços: uma equivalência fundamental que tende a nivelar os ‘benefícios líquidos’ (e os nivela perfeitamente no arquétipo do ‘mercado eficiente’) e que não deixará de corresponder aos interesses negociais de variados tipos de aderentes / consumidores, desde aqueles que prescindem de garantias em favor de preços mais baixos até àqueles que preferem preços mais elevados em compensação de termos contratuais mais favoráveis” (ARAÚJO, Fernando.

Seguindo na breve análise sobre os contratos de adesão, torna-se relevante também o relato sobre sua experiência legislativa estrangeira e brasileira. Na codificação italiana, pioneira a tratar expressamente dos contratos de adesão, há uma preocupação maior com a tutela da vontade do aderente, no nível do consentimento para a conclusão do negócio. Cumpre destacar, ainda, a existência de vedação expressa, em contrato de adesão, à cláusula *solve et repete* sem aprovação específica por escrito (arts. 1.341 e 1.342 do *Codice Civile* de 1942).⁸⁴

Em relação ao art. 1.341 do *Codice Civile*, sustenta-se em doutrina a derivação de um ônus e de uma obrigação para o aderente e para o pré-disponente, respectivamente. Espera-se do aderente o emprego de diligência normalmente associada à figura de um contratante médio, de modo que uma cláusula não conhecida pelo contratante pode ser reputada eficaz e vinculante, desde que seja cognoscível. No que tange ao pré-disponente, por sua vez, imputa-se-lhe a obrigação de possibilitar ao aderente uma visão do contrato de adesão de modo ágil e que não implique em um esforço superior ao de uma diligência ordinária.⁸⁵

Convém ressaltar, entretanto, que o supramencionado art. 1.341 do *Codice Civile* sofre críticas doutrinárias. Afirma-se que tal previsão consiste meramente em uma tutela formal do aderente⁸⁶ e que é excessivo o estabelecimento do critério da cognoscibilidade para se

Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 461). O autor sustenta, na sequência, a necessidade de reconhecimento do que denomina *vantagens da massificação* (Ibid., pp. 466 e segs.).

⁸⁴ Alberto Trabucchi afirma que a referida exigência não reclama a aprovação individualizada de todas as cláusulas elencadas no art. 1.341 do *Codice Civile* italiano, sendo cabível a subscrição da aprovação em bloco (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 190. No mesmo sentido, v. GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 915). Deve-se ressaltar, em qualquer caso, o entendimento jurisprudencial da *Corte di Cassazione* segundo o qual a aprovação em bloco não assegura a validade das cláusulas quando tal procedimento não tenha garantido a atenção do contratante aderente a respeito das cláusulas a ele desfavoráveis (*Corte di Cassazione, sentenza n. 2970/2012*). Segundo a Corte, o art. 1.341 do *Codice Civile* reclama não apenas a subscrição em separado, mas, principalmente, a escolha de uma técnica redacional idônea a chamar a atenção do aderente para as cláusulas especificamente aprovadas (*Corte di Cassazione, II Sezione Civile, sentenza n. 5733/2008*).

⁸⁵ “A bem ver, da norma em exame [art. 1.341 do *Codice Civile*] derivam um ônus e uma obrigação de comportamento diversamente orientados do ponto subjetivo: de um lado, o ônus do aderente de *adoperarsi* para tomar consciência das *c.g.c.* [*condizioni generali di contratto*], empregando a diligência normalmente reclamada de um contratante médio e por este empregado nas contratações, de modo que seria, portanto, eficaz e vinculante nos seus confrontos mesmo uma cláusula por ele não conhecida mas cognoscível, *ove* a ignorância dependa de uma conduta sua negligente; de outro lado, a obrigação (embora se fale certas vezes impropriamente em ônus) do pré-disponente de colocar diligente e corretamente o aderente em condição de ter visão das *c.g.c.* de modo ágil e sem precisar enfrentar um esforço superior à diligência ordinária” (TURCO, Claudio. *Lezioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 454. Tradução livre do original).

⁸⁶ “Já se notou, porém, como isso se traduz, na realidade, em uma tutela puramente formal do aderente, cuja posição contratual, já ‘desequilibrada’ pelo mecanismo de pré-disposição unilateral do regulamento contratual, restaria ainda mais salvaguardada mediante um controle substancial das cláusulas com vistas a ‘reequilibrar’ o conteúdo do contrato, evitando um abuso da posição de proeminência de poder contratual do pré-disponente” (Ibid., p. 455. Tradução livre do original).

concluir que uma cláusula é legítima.⁸⁷ Ademais, a civilística esclarece a distinção de controle promovido sobre as relações civis e as relações de consumo. Segundo tal linha de pensamento, inexistiria no *Codice Civile* italiano um dispositivo que confira autorização ao Poder Judiciário para a declaração de ineficácia de cláusulas excessivamente onerosas previstas validamente no contrato de adesão. Haveria, contudo, previsão de controle por parte do magistrado nas hipóteses em que o contrato de adesão fosse celebrado entre consumidor e fornecedor.⁸⁸

Em que pese o pioneirismo do *Codice Civile* italiano de 1942, atribui-se à *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen* de 1978 (*AGB-Gesetz*)⁸⁹ o maior mérito de sistematização dos contratos de adesão.⁹⁰ Trata-se de ato normativo autônomo com previsão expressa e minuciosa dos tipos de cláusulas cuja inserção passou a ser proibida na forma de *condições gerais* da contratação, em alguns casos com possibilidade de valoração concreta das circunstâncias (§ 10), em outros sem essa possibilidade de valoração (§ 11).⁹¹

Sob forte inspiração da *AGB-Gesetz*, o diploma português (Decreto-Lei n. 446/1985) diferencia cláusulas contratuais gerais absolutamente proibidas (arts. 15 e 18) das relativamente proibidas ou proibidas até certo limite (art. 19). A distinção é reproduzida na seara das relações de consumo, apartando-se as cláusulas contratuais gerais absolutamente proibidas (art. 21) das

⁸⁷ “Não se nega que a norma [art. 1.341 do *Codice Civile*] seja oportuna para as exigências do tráfego, mas não se pode negar que foi provavelmente excessivo estabelecer que a mera cognoscibilidade de uma cláusula pré-disposta por um dos contratantes seja suficiente para que a cláusula mesma se considera acertada” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Milano: CEDAM, 2013, p. 189. Tradução livre do original).

⁸⁸ “O nosso Código Civil (diversamente de outros códigos europeus, de que são exemplos o alemão e o austríaco) não autoriza, de fato, a autoridade judiciária a declarar ineficazes as cláusulas, validamente inseridas em *condizioni generali di contratto*, que gerem ao aderente desvantagens desproporcionais e injustificadas, pelo simples fato de se tratar de cláusulas excessivamente onerosas: somente para os *contratti per adesione* celebrados entre ‘consumidor’ e ‘fornecedor’ é prevista uma forma de controle ‘conteudístico’ por parte da autoridade judiciária” (Ibid, p. 191. Tradução livre do original).

⁸⁹ “Lei para a regulação do direito das condições gerais dos negócios” em tradução literal para o português.

⁹⁰ “Só com o Código Civil italiano em 1942 se dá o grande passo neste sentido. Este prevê as chamadas condições gerais dos contratos. E determina que as cláusulas onerosas devem ser expressamente aceites. Se o avanço foi grande no que respeita à configuração do tema, não o foi na solução trazida. Esta é irrealista: é impossível que nos contratos de massa, nos serviços fundamentais como a água ou a electricidade, por exemplo, haja uma aceitação individualizada de cláusulas predispostas. A lei alemã de 1978, chamada *AGB-Gesetz*, dá outro passo: faz uma regulação mais completa, que se tornou paradigmática. E entra na valoração do conteúdo, determinando quando estas cláusulas gerais são proibidas” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 30, 2003, p. 7).

⁹¹ Para um relato mais detido do histórico alemão sobre a regulação dos contratos de adesão, v. LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/1. 13. ed. München: C.H. Beck, 1986, pp. 135-142; e ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of obligations: historical and comparative perspectives*. 2. reimpr. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 159 e segs.

relativamente proibidas (art. 22).⁹² Dessa forma, Portugal, assim como a Alemanha, ao optar por uma lei própria de condições gerais dos contratos, distanciou-se não só do Código Civil, como também da legislação específica de proteção ao consumidor. Isso se deve ao fato de que a legislação autônoma possui o objetivo de regular tanto as relações entre fornecedor e consumidor quanto os casos que envolvem aderentes não consumidores.⁹³

No âmbito do direito brasileiro, em estudo pioneiro no país, Orlando Gomes pugnava, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, pela necessidade de tratamento legislativo específico ao fenômeno dos contratos de adesão.⁹⁴ Com a codificação civil de 2002, o contrato de adesão passou a ser previsto nos artigos 423 e 424, mas tais disposições não ficaram ilesas a críticas. Afirma-se que o art. 424 é “difícil de interpretar”,⁹⁵ uma vez que não resta claro o significado da expressão “direito resultante da natureza do negócio”. Critica-se, ainda, a diminuta atenção dispensada à disciplina, em razão da insuficiência de dois artigos para se regular a complexidade inerente ao contrato de adesão.⁹⁶

⁹² Para uma análise dos específicos critérios interpretativos estabelecidos pelo Decreto-Lei n. 446/1985, v. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*, vol. IV. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 299-304. Cumpre destacar que existe vedação expressa à cláusula *solve et repete* no art. 18, f, do Decreto-Lei n. 446/1985 de Portugal: “Art. 18. São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que: f) Excluem a exceção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento”.

⁹³ “Alguns países optaram por leis próprias de condições gerais dos contratos, com destaque para as leis referidas de Alemanha e Portugal, distanciando-se tanto dos códigos civis quanto da legislação do consumidor, porque abordaram a dupla dimensão com que elas se revelam, a saber, as praticadas entre fornecedor e consumidor e as destinadas a aderentes não consumidores, notadamente entre empresas. Na segunda dimensão, considerando que as empresas são presumivelmente dotadas de mais informação que os consumidores, essas leis específicas atenuaram o grau de proteção, especialmente pela enunciação de listas distintas de cláusulas abusivas” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123).

⁹⁴ “Não há no direito positivo brasileiro disposições legais especificamente ordenadas à regência dos vínculos jurídicos constituídos por adesão a condições gerais preestabelecidas por uma das partes. O Código Civil é inteiramente omissivo e nenhuma lei subsequente se ocupou, até hoje, com sua regulamentação ou, quando menos, tomou conhecimento da necessidade inadiável de regras próprias, até para orientação do juiz na interpretação desses negócios jurídicos” (*Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 149).

⁹⁵ José de Oliveira Ascensão critica a disciplina modesta que o Código Civil brasileiro de 2002 dispensou aos contratos de adesão: “A novidade no NCC está no art. 424, que determina que são nulas no contrato de adesão as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. O enunciado é difícil de interpretar. Os elementos que pertencem à natureza do negócio são típicos. Querirá dizer que se não pode renunciar antecipadamente a elementos do tipo? Seja qual for a interpretação, o preceito deixa-nos perplexos. São dezenas as previsões de cláusulas proibidas que surgem nas leis modernas. Teremos de concluir que a lei brasileira só encontrou matéria de proibição nesta cláusula singular?” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 30, 2003, p. 14).

⁹⁶ “O Código Civil de 2002 reservou apenas dois artigos (423 e 424) ao contrato de adesão, nas disposições gerais aplicáveis aos contratos, insuficientes para abranger as complexas dimensões das condições gerais dos contratos. (...) A lenta tramitação legislativa (três décadas) do projeto de lei convertido no Código Civil de 2002 coincidiu com imensa criatividade jurídica nesse período, assim na doutrina como na legislação de vários países do mundo, inclusive do Brasil, em torno do direito das condições gerais dos contratos, principalmente no âmbito do direito do consumidor. Infelizmente não houve reflexos positivos dessa criatividade no Código Civil brasileiro, cuja

Ultrapassados a breve análise dos contratos de adesão e o relato sobre a experiência legislativa estrangeira e brasileira dessa matéria, passa-se à problemática específica da inserção da cláusula *solve et repete* em contratos de adesão em relações civis. Destaca-se na doutrina a necessidade de tratamento diferenciado às relações paritárias e às relações não paritárias / assimétricas no que tange à cláusula *solve et repete*. Entende-se, assim, que a inserção da cláusula *solve et repete* em um contrato envolvendo partes em posição de acentuada assimetria tende a atrair mecanismos de controle, de modo a gerar a atenuação ou até mesmo a supressão da finalidade a que a cláusula se propõe.⁹⁷ Isso porque os contratos assimétricos consistem em espaço de “autonomia privada que não pode legitimamente gerar desequilíbrio”.⁹⁸

Em visão preliminar, parece que a cláusula *solve et repete* referente à exceção de contrato não cumprido se amolda perfeitamente à causa de nulidade do art. 424 do Código Civil, uma vez que a *exceptio* consiste, por excelência, no remédio destinado aos contratos sinalagmáticos.⁹⁹ Por outro lado, a cláusula *solve et repete* que fizer referência a outras exceções talvez não seja reputada nula – desde que a exceção em questão não diga respeito a um direito “resultante da natureza do negócio”. A confirmar o entendimento de que a exceção de contrato não cumprido é um “direito resultante da natureza” sinalagmática do contrato, vale fazer

redação final desconsidero o que o direito do consumidor e a experiência dos povos acerca das condições gerais dos contratos tinham consolidado” (LÓBO, Paulo. *Direito civil: contratos*, cit., pp. 122-123).

⁹⁷ “Não se pode excluir, de fato, que dita cláusula [*solve et repete*] se enquadre (e se justifique) em uma relação econômica contratual na qual, por exemplo, a parte por ela (aparentemente) penalizada encontre adequada compensação, a ponto de tornar por ela aceitável o risco ou a desvantagem de não poder se valer das exceções em autodefesa. Essa consideração, deve-se precisar, vale no âmbito do direito comum dos contratos: porque, diversamente, se a cláusula limitativa é inserida em um relação contratual assimétrica, a desigualdade ‘normativa’ que ela cria pode fazer incidirem mecanismos (imperativos) de proteção dos interesses da parte frágil, limitando ou mesmo cancelando totalmente aquela faculdade que, em outro contexto, o art. 1.462 do *Codice Civile* reconhece às partes que estipularem um contrato sujeito ao direito geral dos contratos” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (artt. 1460-1462). In: SCHLESINGER, Piero (Fund.); BUSNELLI, Francesco (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 118-119. Tradução livre do original).

⁹⁸ “Se, de fato, o contrato é concluído entre partes econômica e juridicamente desiguais, a cláusula *solve et repete* se revela com toda probabilidade fruto de uma imposição do credor (parte forte) sobre o devedor (parte fraca); e, então, a desigualdade gerada pela cláusula pode aparecer não mais como efeito fisiológico (e efetivamente desejado) porque implícito de um poder que a lei confere aos privados, mas sim como uma (patológica) imposição que uma parte (fraca) sofre de outra (forte) e que se traduz em ‘significativo desequilíbrio’ que deflagra uma reação agressiva (e protetiva) do ordenamento” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (artt. 1460-1462). In: SCHLESINGER, Piero (Fund.); BUSNELLI, Francesco (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*, cit., p. 123. Tradução livre do original).

⁹⁹ Arnaldo Medeiros da Fonseca afirma que “(...) a exceção de inadimplemento, aplicando-se a quaisquer outras prestações, devidas em virtude de um vínculo sinalagmático, apresenta-se como consequência lógica do princípio da reciprocidade que lhes é inerente. Decorre da própria natureza do negócio jurídico sinalagmático, pela relação causal existente entre as duas obrigações, das quais uma é o equivalente da outra, assegurando o respeito à regra da execução simultânea” (FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Direito de retenção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 143).

menção à experiência francesa, na qual, mesmo diante da ausência de regra expressa, reconheceu-se jurisprudencialmente a incidência da *exceptio* na seara específica dos contratos sinalagmáticos.¹⁰⁰

Quanto à exceção de compensação, ao seu turno, não se pode, sem grande esforço criativo, afirmar que se trata de um “direito resultante da natureza do negócio” tal como a exceção de contrato não cumprido o parece ser em relação aos contratos bilaterais/sinalagmáticos. Com isso, busca-se demonstrar que a redação do art. 424 do Código Civil contém certos limites talvez não superáveis pela via interpretativa, de modo que seria recomendável a atuação direta do legislador no sentido de disciplinar mais detidamente as cláusulas reputadas abusivas nos contratos de adesão, em substituição ou complementação à opção atual pelos conceitos jurídicos indeterminados contidos na fórmula “direito resultante da natureza do negócio”.

Nesse cenário, apenas a título ilustrativo, vale destacar que o art. 18, *h*, do Decreto-Lei n. 446/1985 de Portugal expressamente proíbe cláusulas em contrato de adesão que “excluam a faculdade de compensação, quando admitida na lei”. Em sentido semelhante, especificamente na seara das relações de consumo, o art. 33, 2, *c*, do *Codice del Consumo* italiano prevê que se presumem vexatórias, salvo prova em contrário, as cláusulas que tenham por objeto ou efeito “excluir ou limitar a oportunidade, por parte do consumidor, da compensação de um débito diante do fornecedor com um crédito diante deste último”.

No que tange à exceção de prescrição, afigura-se inadmissível a cláusula *solve et repete*, em razão da vedação expressa contida no art. 191 Código Civil.¹⁰¹ Com base nessa

¹⁰⁰ “Por muito tempo a jurisprudência hesitou a admitir a exceção de inexecução fora dos casos previstos pelo Código, porque não lhe parecia possível, na ausência de texto, permitir a um contratante que fizesse justiça por conta própria. Depois, abandonando no século XX essa posição, ela generalizou a exceção, aplicando-a a todas as relações sinalagmáticas” (TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; e LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2013, p. 687. Tradução livre do original). Em sentido semelhante, cumpre destacar o entendimento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: “Observe-se que não se trata de exercício de pretensão nascida do adimplemento insatisfatório, dirigida à redução da contraprestação, ou à redibição, mas sim de exceções que emanam do próprio conteúdo do contrato bilateral” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 197).

¹⁰¹ “Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.” Em sentido semelhante, a sustentar a impossibilidade de exclusão da exceção de prescrição no âmbito do direito italiano, Francesco Gazzoni afirma: “Afirma-se que a cláusula é ineficaz também no que tange às exceções baseadas sobre a inexistência da obrigação por extinção superveniente, a exemplo do que sucede com a prescrição” (GAZZONI, Francesco. *Istituzioni di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 1034. Tradução livre do original).

observação, um bom caminho talvez seja reconhecer o cabimento da cláusula *solve et repete* apenas sobre direitos disponíveis pelas partes. A isso se poderia relacionar a já mencionada impossibilidade de a cláusula *solve et repete* obstar a arguição de invalidade (ao menos, da nulidade) do contrato.

Ainda no que tange aos contratos de adesão, cumpre fazer a seguinte ressalva: é possível que o contrato considerado em seu todo como *contrato de adesão* apresente cláusulas autônomas ou independentes da adesão geral. Podem-se mencionar como exemplos: cláusula enunciada em folha separada, em destaque; cláusula fruto de negociação apartada; cláusula com influência direta sobre o preço (ex.: aderente opta deliberadamente por pagar preço menor em decorrência da aposição da cláusula). Em tais hipóteses, a específica cláusula que decorrer de efetiva negociação (e não de pura *adesão*) receberá qualificação própria e, por conseguinte, disciplina autônoma em relação ao contrato como um todo, o que poderá resultar no afastamento da hipótese de nulidade prevista pelo art. 424 do CC.¹⁰²

A mencionada ressalva parece ter inspirado o legislador italiano a prever, no art. 34, n. 4, do *Codice del Consumo*, o afastamento da presunção (relativa) de abusividade da cláusula inserta em contrato de adesão caso se comprove a existência de negociação individualizada sobre a cláusula – ressalvadas apenas as hipóteses previstas no art. 36.¹⁰³ Convém destacar, contudo, que tal ressalva não se aplica aos contratos de consumo, precisamente em decorrência da diversidade das razões justificadoras da tutela especial promovida pelo legislador – de uma parte, a qualificação do contrato como *de adesão* ou não (com base na análise da efetiva possibilidade de ambas as partes influenciarem substancialmente na definição dos termos do contrato), e, de outra parte, a qualificação da relação como *de consumo* ou não (com base na qualidade de consumidor e de fornecedor das partes envolvidas).

¹⁰² Sobre o tema, Paulo Lôbo esclarece: “O contrato de adesão não contém apenas condições gerais. Pode conter cláusulas negociadas ponto por ponto e outras partes que componham a declaração comum dos contratantes” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 122-125).

¹⁰³ Vale transcrever o dispositivo referente à tratativa individualizada: “Art. 1.469-ter. (...) (4) Não são vexatórias as cláusulas ou os elementos da cláusula que sejam objeto de tratativa individual” (tradução livre do original). A previsão reproduz, sem alteração, o art. 1.469-ter, n. 4, do *Codice Civile*. Ao analisar a previsão do *Codice del Consumo*, afirma Alberto Trabucchi: “Não são, enfim, suscetíveis de serem consideradas vexatórias (art. 34, n. 4, do *Codice del Consumo*) as cláusulas que tenham sido inseridas no regulamento comercial na sequência de uma tratativa individual, tratativa individual que pode dizer-se ocorrida em todos e somente nos casos (verdadeiramente raros) nos quais a cláusula tenha sido objeto de uma verdadeira e própria negociação, conduzida pelas partes sob um plano de paridade (o que reclama que ao consumidor tenha sido dada a efetiva e concreta possibilidade de influenciar o conteúdo da cláusula, eventualmente obtendo a sua modificação)” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Milano: CEDAM, 2013, p. 1041. Tradução livre do original).

Uma vez reconhecida a compatibilidade da cláusula *solve et repete* com o direito brasileiro e analisada a problemática dos contratos de adesão nas relações civis, cumpre passar à indagação pertinente às relações de consumo: trata-se de cláusula que implica “renúncia ou disposição de direitos” (cláusula nula nos termos do art. 51, I, do CDC)?

No âmbito da normativa italiana sobre as relações de consumo, existe vedação expressa à cláusula *solve et repete* no art. 33, 2, alíneas *r* [especificamente sobre a exceção de contrato não cumprido] e *t* [sobre outras exceções argúveis pelo demandado], do *Codice del Consumo* de 2005.¹⁰⁴ Ainda no âmbito da experiência italiana, afirma-se, em sede doutrinária, a possibilidade de extensão de regras protetivas dispostas para consumidores para contratantes não consumidores, mas que se encontram em situação de fragilidade.¹⁰⁵

O legislador brasileiro, por sua vez, não adotou postura tão explícita de vedar a cláusula *solve et repete* em relações de consumo, mas, ainda assim, reconhece-se, em doutrina, que tal espécie de ajuste contratual padeceria de nulidade nos termos do art. 51, I, do CDC. Como se sabe, as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social, razão que, por si só, já afasta a validade da cláusula que estipule renúncia ou disposição de direitos por parte do consumidor, “pois isso enseja quebra do equilíbrio contratual”.¹⁰⁶ Especificamente em relação à cláusula *solve et repete*, afirma-se que tal disposição, no âmbito de uma relação de consumo, geraria para o fornecedor uma situação de vantagem e colocaria o consumidor, por sua vez, em uma posição com limitação ao acesso à justiça. Tem-se, portanto,

¹⁰⁴ “Art. 33. (...) 2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria Le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: (...) r) limitare o escludere l’oponibilità dell’eccezione d’inadempimento da parte del consumatore; (...) t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria, limitazioni all’adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell’onore della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi”. Tais previsões reproduzem, sem alteração substancial, o art. 1.469-bis, ns. 16 e 18, do *Codice Civile* italiano de 1942, dispositivos inseridos a partir da reforma promovida pelo art. 25 da Lei de 6 de fevereiro de 1996 (concretizadora da Diretiva CEE 93/13). Para uma análise mais detida da previsão sobre relações de consumo, v. GAZZONI, Francesco. *Istituzioni di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 914 e segs.; e SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*. Tese de doutoramento apresentada à Università degli Studi di Padova. Padova, 2008, pp. 183 e segs.

¹⁰⁵ “Pode, enfim, ser lícito questionar se podem valer considerações não muito diferentes quando o contratante fraco não é um consumidor ou um usuário, mas um empreendedor que se beneficia de uma disciplina protetiva especial: se se divide a lógica do contrato assimétrico – entendido como paradigma contratual único que reúne em si todas as fragilidades – é possível uma operação de extensão progressiva das regras e remédios que, inicialmente, eram dispostas a favor apenas dos consumidores e que, constatada a identidade das situações de fragilidade, podem se revelar úteis a proteger também contratantes fracos diversos dos consumidores” (BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (artt. 1460-1462). In: SCHLESINGER, Piero (Fund.); BUSNELLI, Francesco (Coord.). *Il Codice Civile*: commentario. Milão: Giuffrè, 2011, p. 127. Tradução livre do original).

¹⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 577.

que é considerada nula a cláusula *solve et repete* estabelecida na relação de consumo.¹⁰⁷

4. Síntese Conclusiva.

A escassa aplicação prática da cláusula *solve et repete* – ou, ao menos, a sua rara enunciação expressa – verificada no Brasil não condiz com a sua generalizada aceitação teórica e legislativa, especialmente no âmbito dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Causa alguma surpresa, portanto, a diminuta atenção dispensada ao tema pela civilística pátria, em sinal de indesejada desconsideração das múltiplas possibilidades aplicativas da cláusula *solve et repete*, algumas das quais mencionadas no presente estudo.

Frise-se, aliás, que as hipóteses fáticas analisadas certamente não são dotadas de exclusividade no que tange às possibilidades de aplicação da cláusula *solve et repete*, tal como não se podem tomar por definitivas as conclusões teóricas ora esboçadas. Espera-se, fundamentalmente, que a breve análise de algumas perspectivas concretas de aplicação dessa cláusula demonstre a necessidade de reconhecimento da complexidade inerente à possibilidade de renúncia à exceção, em modesto ponto inicial de vasto caminho a percorrer pela civilística brasileira.

Ao lado das perspectivas de auxílio da cláusula *solve et repete* para o desenvolvimento do direito dos contratos, espera-se que a adequada compreensão dos seus limites de atuação possa suscitar reflexões úteis, especialmente no que tange ao exercício da autonomia privada dos contratantes, sendo sempre ressalvados os valores inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como a boa-fé e a função social do contrato. Reputa-se, desse modo, não só admissível, como também útil a cláusula *solve et repete* no direito brasileiro.

¹⁰⁷ “Fica abrangida pela proibição da norma comentada [art. 51, I, CDC] a cláusula *solve et repete*, também denominada *exceptio solutionis*, segundo a qual o devedor tem de cumprir seu dever de prestar, para que não incida em *mora debitoris*, independentemente do cumprimento da prestação da contraparte. Somente depois de cumprida a obrigação pelo devedor poderá ele ingressar com ação resolutória em juízo ou pleitear a repetição do indébito. Referida estipulação, que muito se avizinha da exceção de contrato não cumprido, caracteriza, sem dúvida, espécie de renúncia, razão do porquê de sua vedação, por abusiva, nos termos do Código. Essa cláusula *solve et repete* permite que fique o fornecedor em situação de privilégio contratual, resguardando-o do malogro de sua prestação, funcionando na prática como espécie de *negação de acesso à justiça*, já que impede o consumidor de ajuizar demanda resolutória ou ressarcitória antes de cumprir sua parte na avença” (NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 578).

Referências.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, v. VI, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*, vol. IV. Coimbra: Almedina, 2014.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 30, 2003.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao art. 476 do Código Civil*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Volume V (Arts. 421 a 578). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ATAÍDE, Daniel Medina. *A garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências*. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (Coord.). *Garantias das obrigações: publicação dos trabalhos do mestrado*. Coimbra: Almedina, 2007.

BAR-GILL, Oren; A. EPSTEIN, Richard. *Consumer contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics*. In: *Law & Economics Research Paper Series*, working paper n. 17, 2007.

BENEDETTI, Alberto Maria. La excepción de incumplimiento del (y contra el) contratante débil en el derecho italiano. *Revista de Derecho Privado*, n. 20, 2011, pp. 259-270.

_____. Le autodifese contrattuali (artt. 1460-1462). In: SCHLESINGER, Piero (Fund.); BUSNELLI, Francesco (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

_____. *Teoria geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. Vol. III: il contratto. Milano: Giuffrè, 1984.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Exceção de contrato não cumprido. *RJLB*, a. 4, n. 6, 2018, pp. 535-544.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BOLAFFI, Renzo. *Le eccezioni nel diritto sostanziale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1936.

BUTRUCE, Vitor Augusto José. *A exceção de contrato não cumprido no direito civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um ‘direito a não cumprir’*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

CAPITANT, Henri. *Vocabulaire Juridique*. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1936.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Padova: CEDAM, 1988.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações*, v. IX. Coimbra: Almedina, 2017.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1999.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Contratos*, v. II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

_____. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELLACASA, Matteo; ADDIS, Fabio. Inattuazione e risoluzione: i rimedi. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). *Trattato del contratto*, v. V, *Rimedi* – 2. Milano: Giuffrè, 2006.

FERRANDO, Gilda. I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative. *Contratto e Impresa*, v. 16. Padova: Cedam, 2000.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Direito de retenção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *Exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

GOMES, Orlando. *Contratos de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

_____. Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula “solve et repete”. In: *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 267-281.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, *passim*; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/1. 13. ed. München: C.H. Beck, 1986.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: contratos*, v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

_____. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1998.

MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1911.

MESQUITA, Euclides de. *A compensação no direito civil brasileiro*. São Paulo: EUD, 1975.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto: (Artt. 1321-1469 Cod. Civ.)*. Milano: Giuffrè, 1948.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 46, Lisboa, dez./1986.

NANNI, Carlo Di. Collegamento negoziale e funzione complessa. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1977.

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. A cláusula penal compensatória estipulada em benefício do consumidor e o direito básico à reparação integral. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 105, 2016, pp. 273-294.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos e obrigações – Pareceres: de acordo com o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil*, v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*, t. XLIV. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PORTO, Antonio José Maristrello; e GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão, a. 9, n. 1. In: *Revista de direito empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

REALMONTE, Francesco. Eccezione di inadempimento [Verbetes]. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1958.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2011.

ROPPO, Vincenzo. *Contratti standard*. Milano: Giuffrè, 1975.

SABATO, Franco Di. Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale). *Rivista di Diritto Civile*, vol. 1. Padova: Cedam, 1959.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SICARI, Giovanni. *La clausola solve et repete nel sistema delle obbligazioni negoziali*. Tese de doutoramento apresentada à Università degli Studi di Padova. Padova, 2008.

SILVA, Jeniffer Gomes da. *Compensatio lucri cum damno: qualificação e aplicabilidade no Direito brasileiro*. No prelo.

SILVA, Rodrigo da Guia. A regra de compensação de vantagens com prejuízos (*compensatio lucri cum damno*) no direito brasileiro. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

TEPEDINO, Gustavo et al (Coord.). *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. v. I. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre contratos coligados e a aplicação da Teoria do Grupo Econômico. In: *Soluções Práticas do Direito*, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; e LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2013.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Milano: CEDAM, 2013.

TURCO, Claudio. *Lezioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. 10. ed. 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Das obrigações em geral*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2001.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda; Paolo Emilio Bensa, v. II, p. I. Torino: Editrice Torinese, 1904.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of obligations: historical and comparative perspectives*. 2. reimpr. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

Recebido em: 21/12/2019

1º Parecer em: 17/01/2020

2º Parecer em: 19/03/2020