

## A EXEGESE DO TEXTO DE *NERATIUS* D. 18, 3, 5: A *LEX COMMISSORIA* COMO CONDIÇÃO RESOLUTIVA NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

*THE EXEGESES OF THE NERATIUS' TEXT D. 18, 3, 5: THE LEX COMMISSORIA AS A RESOLUTIVE CONDITION IN THE PURCHASE AND SALE AGREEMENT*

*Alessandro Hirata*<sup>1</sup>

Universidade de São Paulo

*Beatriz Hernandes Silva*<sup>2</sup>

Universidade de São Paulo

### Resumo

A *lex commissoria* é elemento acidental adicionado aos contratos de compra e venda, e, a partir de Nerácio, passou a ser entendida como cláusula suspensivamente condicionada, mediante a qual, identificado o decurso do prazo sem que o comprador adimplisse a prestação, operava-se a resolução contratual, extinguindo a relação jurídica. A *lex commissoria* decorria do próprio instrumento contratual, de maneira expressa, de modo a exteriorizar a intenção resolutiva das partes caso o adimplemento não ocorresse no prazo avençado. Entretanto, já no Direito Romano, o vendedor podia exercer o *jus variandi*, pois facultava-se ao credor exigir a contraprestação devida, ou resolver o contrato, reavendo para si a *res* e os frutos percebidos enquanto pendente a condição. Apesar das diferenças verificadas entre os institutos, principalmente em virtude de que a resolução contratual no Direito Romano restringia-se aos contratos aos quais era adicionada a *lex commissoria*, enquanto que hoje é regra geral aplicada aos negócios jurídicos bilate-

---

<sup>1</sup> Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (2001), doutorado em direito pela *Ludwig-Maximilians-Universität München* (2007) e livre-docente em direito romano pela Universidade de São Paulo (2008). Foi Professor Assistente junto ao *Leopold-Wenger-Institut da Ludwig-Maximilians-Universität München*. Atualmente é Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado, Direito Romano, Direito Civil, História do Direito e Direito Comparado (Direito alemão).

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Romano e Sistemas Jurídicos Contemporâneos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP).

rais (artigo 475 do CC/02), a principal característica mantida é a tentativa de o ordenamento jurídico extirpar o enriquecimento sem causa, reestabelecendo o *status quo ante*.

**Palavras-Chave**

*Lex Commissoria*. Condição resolutiva. Contrato de compra e venda. Direito Romano

**Abstract**

The *lex commissoria* is an accidental element added to the purchase and sale contracts, and, starting from Nerácio, it came to be understood as a suspensively conditioned clause, whereby, when the term was identified without the buyer paying the installment, it was operated the contractual resolution, extinguishing the legal relationship. The clause's prediction, therefore, was due to the contractual instrument itself, in an express way. However, already in Roman Law, the seller could exercise the *jus variandi*, since it was allowed the creditor to demand the due consideration, or to terminate the contract, recovering for himself the *res* and the perceived fruits while the condition was pending. Despite the differences verified between the institutes, mainly due to the fact that the contractual resolution in Roman Law was restricted to contracts to which the *lex commissoria* was added, while today it is a general rule applied to legal agreements (article 475 of the CC/02), the main characteristic maintained is the attempt by the legal system to root out unjust enrichment, re-establishing the *status quo ante*.

**Keywords**

*Lex Commissoria*. Resolutive condition. Purchase and sale agreement. Roman law.

## 1. INTRODUÇÃO

Em sua origem, a *lex commissoria* atuava como condição suspensiva<sup>3</sup> do negócio jurídico, concretizando o único sentido atribuído ao termo *condicio*<sup>4</sup> pelos juristas romanos à época.

Todavia, a partir de Nerácio (*Neratius libro quinto mebranarum, D. 18, 3, 5*)<sup>5</sup>: foi possível a interpretação da *lex*

---

<sup>3</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte especial*, t. XXV, NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria (atualizadores), Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 411; 421.

<sup>4</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli, Eugenio Jovene, 1954, p. 405.

<sup>5</sup> D'ORS, Álvaro, et al. *El Digesto de Justiniano*, t. 1, Pamplona, Aranzadi, 1968, p. 676; GÁRCIA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. v.1, Barcelona: Jaime Molinas, 1889, p. 912; J. GODDARD, Jorge Adame. *Libro*

*commissoria* como condição resolutiva, e posteriormente, já no Direito Justinianeu, foi facultado às partes contratantes escolher o efeito à *lex commissoria*, se resolutivo ou suspensivo.

Assim, a importância do mencionado fragmento de Nerácio (*D. 18, 3, 5*) consiste na possibilidade de a *lex commissoria* atuar como condição resolutiva<sup>6</sup> nos negócios jurídicos, fato este que influencia na transferência do domínio dos bens imóveis, na existência de posse *ad usucapionem* – classificada como modo especial de aquisição de propriedade – e na percepção dos frutos produzidos pela *res* durante a vigência da cláusula contratual.

## 2. TEXTO LATINO E TRADUÇÃO

### *Neratius libro quinto mebranarum, D. 18, 3, 5:*

*Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure percipiret: sed si fundus revenisset, aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem sefellisset*

Vendido um terreno com a cláusula de que, se não adimplido o preço, dentro de um certo tempo, ter-se-ia a coisa como não comprada, deve-se entender, com relação aos frutos, que o comprador tivesse os percebido para si e por seu próprio direito; porém se tivesse devolvido o terreno, entendia Aristão que deveria ser dado ao vendedor uma ação em relação aos frutos contra o comprador, porque não deve ficar em seu poder nada por força da coisa em relação a qual tivesse faltado boa-fé.

---

XVIII del *Digesto* (sobre la compraventa). Mexico: Universidade Nacional Autónoma de México, 1993, p. 48.

<sup>6</sup> REIS; Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* O pacto comissório no Direito Romano (dissertação). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 70; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 414.

<sup>7</sup> D'ORS, Álvaro et al., *El Digesto de Justiniano* cit (nota 5 supra), p. 676; GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, cit (nota 5 supra), p. 912; GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* cit (nota 5 supra), p. 48.

## 2.1 Principais aspectos da vida de Nerácio

Nerácio é a tradução de *Lucius Neratius Priscus*, um dos mais importantes membros da família *Neratii*, cujas raízes remontam à *Saepinum*, no centro de *Samnium*. Nerácio foi cônsul do Império ao tempo de Trajano, e, juntamente com Celso, representou a Escola Proculeiana<sup>8</sup> durante o século II. d.C<sup>9</sup>. A liderança de Nerácio na Escola Proculeiana é comumente atribuída ao fato de que a esposa de Labeão pertencia à família *Neratii*<sup>10</sup>, da qual Nerácio era membro.

De toda forma, dada a sua importância na localidade e a liderança desempenhada na Escola dos Proculeianos, ficou conhecida a história de que Trajano havia escolhido Nerácio como seu sucessor em detrimento de Adriano<sup>11</sup>. Todavia, parte dos historiadores questiona a veracidade desta informação<sup>12</sup>, indicando, em verdade, tratar-se de mero rumor, haja vista a ausência de comprovação histórica.

Contudo, em que pesem as especulações, a história indica que Adriano foi o escolhido para suceder Trajano, incumbindo a Nerácio o exercício da função de cônsul do Império, em ano, todavia, não identificado<sup>13</sup>, e de governador da *Pannonia*<sup>14</sup>,

---

<sup>8</sup> MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Da compra e venda sujeita a passagem, contagem e medição e o problema dos riscos da coisa vendida (“*periculum rei venditae*”). In: *RFD* (105), 2010, p. 92.

<sup>9</sup> NEFF, Stephan. *Hugo Grotius on the law and of War and Peace*. Student Edition. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 109, notas 15 e 19.

<sup>10</sup> SYME, Ronald. The jurist Neratius Priscus. In: *Hermes*, (85), 1957, p. 490.

<sup>11</sup> HONORÉ, Tony. *The Theodosian Dynasty and its Quaestors*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 197. ALLEN, Alexaxdeii et. al. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*. v.2, Boston: Little Brown and Co., 1867, p. 1.160.

<sup>12</sup> HONORÉ, Tony. Lucius Neratius Priscus. In *Oxford Classical Dictionary* (online publication):

<https://oxfordre.com/classics/view/10.1093/acrefore/9780199381135.001.0001/acrefore-9780199381135-e-4388>.

<sup>13</sup> ALLEN, Alexaxdeii et. al, *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology* cit (nota 10 supra), p. 1.160.

comandando, durante os anos 102-106 d.C., quatro legiões designadas<sup>15</sup>.

Apesar das informações veiculadas pela doutrina concernentes à vida de Nerácio, subsistem problemas quanto à identificação da sua idade, do ano em que exercera a função de cônsul, bem como dos detalhes da sua carreira pública. E, a dificuldade na obtenção de tais informações se justifica pela existência de três homônimos na família *Neratii*<sup>16</sup>, tendo um destes, inclusive, desempenhado a função de governador da *Pannonia* inferior, conforme inscrições encontradas em *Saepinum*<sup>17</sup>.

## 2.2 Principais características do *libro membrarum*

A obra produzida por Nerácio se organizou da seguinte forma: foram produzidos 15 livros denominados *regulae*, cuja função era auxiliar o ensino, sendo, portanto, gênero de literatura que logo se tornou popular. Nerácio também publicou, com base na sua prática, três livros do gênero *responsa*, em que emitia pareceres sobre os casos concretos<sup>18</sup> levados para a sua análise, bem como sete livros intitulados *membranae*, conjunto de notas do qual sessenta e quatro excertos foram reproduzidos no *Digesto*<sup>19</sup>.

O trabalho de Nerácio era caracterizado por uma escrita clara e condensada, e a importância de sua obra se revela pelo fato de que foi citada por importantes juristas que o sucederam. Neste sentido, inclusive, remonta-se à obra do

---

<sup>14</sup> SYME, Ronald. The jurist Neratius Priscus cit (nota 10 supra), p. 481; ALLEN, Alexaxdeii et. al. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology* cit (nota 11 supra), p. 1.160.

<sup>15</sup> HONORÉ, Tony. *The Theodosian Dynasty and its Quaestors* cit (nota 11 supra), p. 197.

<sup>16</sup> SYME, Ronald. The jurist Neratius Priscus cit (nota 10 supra), p. 481.

<sup>17</sup> SYME, Ronald. The jurist Neratius Priscus cit (nota 10 supra), pp. 481-483.

<sup>18</sup> HONORÉ, Tony. Lucius Neratius Priscus cit (nota 11 supra).

<sup>19</sup> ALLEN, Alexaxdeii et. al. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology* cit (nota 11 supra), p. 1.160.

*jurisconsultus* Paulo que fez menção aos estudos de Nerácio em quatro livros, cujos excertos constam no Digesto<sup>20</sup>.

O fragmento objeto deste artigo, cuja exegese será realizada, é parte do *libro membranarum*, termo empregado para identificar os manuscritos ou notas não publicáveis elaborados pelo autor<sup>21</sup>. Diante disso, alguns estudiosos<sup>22</sup>, ao traduzirem os fragmentos de Nerácio substituem a expressão *membranarum* por “*brief notes*”, de modo a corroborar a ideia de que a obra reservava um caráter de anotação<sup>23</sup> pessoal, a princípio, não publicável.

### 3. Exegese do Fragmento *Neratius D. 18, 3, 5*

#### 3.1. *Lex Commissoria*: origem e características

A primeira consideração a ser extraída, com base na tradução realizada, é a de que o fragmento em análise se refere à celebração de uma compra e venda, cujo objeto da relação obrigacional é um terreno (*fundo*). Sabe-se que a compra e venda é contrato consensual, que exige, portanto, o consenso das partes<sup>24</sup>, ou seja, negócio jurídico celebrado entre duas ou mais pessoas que se aperfeiçoa mediante a manifestação de vontade dos contratantes,

<sup>20</sup> ALLEN, Alexaddei et. al. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology* cit (nota 11 supra), p. 1.160.

<sup>21</sup> RANDOLPH RICHARDS, Ernest. *Paul and First-Century Letter Writing: Secretaries, Composition and Collection*. Illinois: Inter Varsity Press, 2004, p. 57.

<sup>22</sup> DU PLESSIS, Paul. Theory and Practice in the Law of Contracts. In *Obligations in Roman Law – past, present, and future*. T. A. J. MCGINN (organizador). Michigan: University of Michigan Press, 2012, p. 144.

<sup>23</sup> Conforme verbete da *Oxford Classical Dictionary*: “Neratius he also published seven books (*libri*) of *Membrana* (*Notes*) and, drawing on his practice, three of *Responsa* (*Opinions*)”. Percebe-se, portanto, que a tradução atribuída a *Membrana* é “notes”.

<sup>24</sup> WATSON, Alan. *The Law of obligations in the Later Roman Republic*. Oxford: Clarendon, 1965, p. 46; BIRKS, Peter. *The Roman Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 31

vontade esta cuja exteriorização é entendida como elemento confrontante ao formalismo<sup>25</sup> estrito.

No contrato de compra e venda são três os requisitos para a sua configuração: (i) as partes, em que uma pessoa, denominada *venditor*, contrai obrigação frente ao *emptor*; (ii) a coisa<sup>26</sup> (*merx*) que será entregue pelo vendedor ao comprador e (iii) o preço (*pretium*) que é a contraprestação, em dinheiro<sup>27</sup>, apresentada pelo comprador em face do recebimento do bem<sup>28</sup>.

Entretanto, observa-se que o contrato de compra e venda enunciado por Nerácio - ainda que indiretamente, posto que apenas se indica no texto que o terreno houvera sido vendido (*fundo vendito*) - fora celebrado mediante aposição de cláusula contratual (*lege dicta*). Entende-se que a *lex dicta*, que pode ser traduzida pelas expressões “*sob cláusula de*” ou “*sob condição de*”, corresponde ao pacto expreso<sup>29</sup> estabelecido pelas partes contratantes<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> VOCI, Pasquale. *La dottrina romana del Contratto*, Milano, G. Giufrè, 1946, p. 165. De acordo com o autor, os contratos consensuais rompem com a obrigatoriedade de forma, e passam a ser acessíveis aos estrangeiros.

<sup>26</sup> De acordo com KASER, Max (*Römisches Privatrecht*, 2 ed., 1992, trad. port. Hämerle, Ferdinand e Rodrigues, Samuel, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, p. 241), o objeto da compra e venda são quase sempre coisas (*res*), mas podem ser também o patrimônio, os créditos e certos direitos reais, tais quais as servidões ou o usufruto.

<sup>27</sup> Cf. M. KASER cit (nota 26 supra), pp. 241-242) os Sabinos tentaram admitir como preço outros objetos, incluindo, assim, a permuta como compra e venda, contudo, segundo o autor, essa tentativa não logrou êxito e a permuta foi compreendida como o antecedente da compra e venda, em tempos remotos.

<sup>28</sup> BERTOLINI, Cesare. *Appunti Didattici di Diritto Romano*. Torino: Pietro Gerbone, 1907, p. 439.. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 88.

<sup>29</sup> GÁRCIA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* cit (nota 5 supra), p. 912.

<sup>30</sup> REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 6 supra), p.70.

Adota-se o entendimento<sup>31</sup> de que a *lex commissoria* teria sido originada de uma *lex dicta*, assim como a *diem addictio* e o *pactum disciplinentiae*, cláusulas acessórias que se diferenciam entre si pela causa de sua adoção, ou pela parte contratante a que se visava tutelar.

Assim, a *in diem addictio*, conforme se verifica em D. 18, 2.1<sup>32</sup>, é uma cláusula aposta pelo vendedor que o permite resolver o contrato celebrado com o primeiro comprador, caso outro interessado apresente melhor oferta, dentro de um determinado prazo<sup>33</sup>. Nessa hipótese, a eficácia do negócio jurídico ficava condicionada à eventual oferta de terceiro, que, caso vantajosa, ensejava a devolução do preço ao comprador e a restituição da coisa ao vendedor, a fim de que o novo negócio fosse celebrado<sup>34</sup>.

Já o *pactum disciplinentiae* corresponde à cláusula aposta ao contrato de compra e venda<sup>35</sup>, a partir da qual o comprador estabelece que tem a faculdade de extinguir a relação contratual, caso o objeto do negócio jurídico não seja de seu gosto<sup>36</sup>. B. ALBANESE<sup>37</sup> reconhece, neste caso, que o *pactum disciplinentiae* corresponde ao pacto adjunto suspensivamente condicionado ao

<sup>31</sup> WIEACKER, Franz. *Lex Commissoria, erfüllungszwang im Widerruf im römischen Kaufrecht*, revisto por R. MONIER, in *Revue Historique De Droit Français Et Étranger* (1922), (12), 1933, p. 137.

<sup>32</sup> *Paul. 5 ad Sab.* D. 18, 2.1: “*In diem addictio ita fit: ‘ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas ianuaris proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat’*”.

<sup>33</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 401; WATSON, Alan. *The Law of obligations in the Later Roman Republic* cit (nota 24 supra), p. 98; KASER, Max. *Römisches Privatrecht*, cit (nota 26 supra), p. 248; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Manual de Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 16 ed., 2014, p. 526.

<sup>34</sup> ALBANESE, Bernardo. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*. Palermo: Università di Palermo, 1982, p. 328.

<sup>35</sup> WATSON, Alan. *The Law of obligations in the Later Roman Republic* cit (nota 24 supra), p. 96.

<sup>36</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 404; KASER, Max. *Römisches Privatrecht* cita (nota 26 supra), p. 248.

<sup>37</sup> ALBANESE, Bernardo. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* cit (nota 34 supra), pp. 329-331.

contrato de compra e venda, cujo evento previsto, caso não verificado no caso concreto, ensejaria a anulação do negócio principal.

Por fim, em termos conceituais, a *lex commissoria* é entendida como cláusula accidental<sup>38</sup> que poderia ser adicionada ao contrato de compra e venda para que, caso o comprador não pagasse o preço no prazo avençado pelas partes<sup>39</sup>, a *res* fosse restituída ao vendedor, caso já entregue ao comprador, ou para que fosse extinta a obrigação<sup>40</sup>.

Das três cláusulas originadas da *lex dicta*, observa-se que no fragmento em estudo, a expressão (*lege fundo vedito dicta*) delimita o sentido estabelecido pela *lex commissoria*, haja vista a menção das suas principais características: (i) decurso do prazo (*intra certum tempus*); (ii) inadimplemento do comprador (*pretium solutum non sit*); e (iii) coisa concebida como não comprada (*res inempta sit*)<sup>41</sup>.

A expressão *lex commissoria* é composta por dois termos. O primeiro (*lex*) atribui relevância jurídica ao acordo estabelecido entre as partes<sup>42</sup> e sua tradução como cláusula se dá ao fato de que a lei, sob a técnica jurídica contemporânea, é o texto normativo promulgado pelo Estado<sup>43</sup>, e não o conteúdo contratual negociado pelas partes.

Já a expressão *commissoria* derivaria, por certo prisma, da circunstância de que na aplicação da cláusula incorre (*committit*) o comprador que não pagou o preço. Ao mesmo tempo, o termo *commissoria*, porque originado da palavra latina *commissum*, atribuiria à

---

<sup>38</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita*. In: *Il diritto romano caso per caso*. L. SOLIDORO. G. Giappichelli, 2018, p. 129.

<sup>39</sup> KASER, Max. *Römisches Privatrecht* cita (nota 26 supra), p. 248; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Manual de Direito Romano* cit (nota 33 supra), p. 526.

<sup>40</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 129.

<sup>41</sup> REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 6 supra), p. 70.

<sup>42</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 129.

<sup>43</sup> GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* cit (nota 5 supra), p. 48.

expressão o sentido do ato ilícito cometido pelo comprador inadimplente<sup>44</sup>, ou, da pena aplicada ao contratante que violasse as condições estabelecidas no instrumento contratual<sup>45</sup>.

### **3.2 A extinção da obrigação pelo inadimplemento do comprador mediante o emprego da *lex commissoria***

No fragmento em análise é possível identificar o emprego do adjetivo *inemptus*, que exprime a ideia de extinção do acordo celebrado entre as partes – a coisa vendida é considerada como se não tivesse sido – posto que o comprador não pagou o preço avençado<sup>46</sup>.

Na parte inicial de *Pomp 35 ad sab D. 18, 3.2*, o mesmo adjetivo *inemptus* é atribuído à coisa, em análoga situação de inadimplemento do preço pelo comprador, hipótese em que o bem seria considerado como não vendido: “*Cum venditor fundi in lege ita caverit: ‘si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit’ (...)*”, ou seja, “*quando o vendedor de um terreno, em uma cláusula, tiver expressado: ‘caso o preço não tenha sido pago no prazo, ter-se-á o terreno como não comprado’ (...)*”<sup>47</sup>

Do inadimplemento do comprador decorria a resolução do contrato, entretanto, tal consequência não era automática, na medida em que cabia ao vendedor a faculdade de

---

<sup>44</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 129.

<sup>45</sup> Cf. HADDAD, Luis Gustavo. *A proibição do pacto comissório no Direito Brasileiro*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 17

<sup>46</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 402; LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 130.

<sup>47</sup> D’ORS, Álvaro et al., *El Digesto de Justiniano* cit (nota 5 supra), pp. 675-676; I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* cit (nota 1 supra), p. 911; GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* cit (nota 5 supra), pp. 48-49.

escolher<sup>48</sup> pela restituição do bem ou pelo pagamento do preço<sup>49</sup>, e, uma vez realizada a escolha, não poderia, o devedor, mudar a sua própria decisão.

Entendida a compra e venda como contrato consensual, cuja manifestação de vontade isenta de vícios aperfeiçoa o negócio jurídico, o ponto que se suscita é se a cláusula aposta ao contrato seria resolutiva ou suspensiva, e quais as consequências operadas quando da resolução contratual, no tocante à eficácia do negócio jurídico celebrado.

Importante considerar, entretanto, que, malgrado a eficácia do negócio jurídico condicionado não tenha figurado como objeto de estudo para os romanos, fato é que o fragmento de Nerácio, posteriormente ratificado por Juliano<sup>50</sup>, inaugura, já no século I d.C, a possibilidade de inserção do pacto resolutivo suspensivamente condicionado aos contratos de compra e venda (*emptio pura*)<sup>51</sup>.

Tal conclusão deriva da corrente *sabiniana* que entende o contrato de compra e venda - ao qual seja adicionada a *lex commissoria* - como *emptio condicionalis*, de modo a condicionar, portanto, a produção dos efeitos do negócio jurídico à verificação fática do inadimplemento, entendido como evento futuro e incerto<sup>52</sup>.

A grande controvérsia afeita ao tema da *emptio pura* é a compreensão de sua estrutura, pois, questiona-se se seria a compra e venda com *lege dicta* um único ato negocial diretamente submetido

---

<sup>48</sup> É o que a doutrina moderna denomina de *jus variandi* do vendedor. Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 170 e ss.

<sup>49</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 129.

<sup>50</sup> REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 6 supra), pp. 62; 70.

<sup>51</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), pp. 411; 421.

<sup>52</sup> REIS, Mayara de Lima *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 6 supra), p. 61.

à condição<sup>53</sup>, ou o resultado de dois atos distintos: a compra e venda pura acompanhada de um acordo, este sim submetido à condição suspensiva, que a depender do seu cumprimento, ensejaria à resolução do primeiro negócio<sup>54</sup>.

Para B. ALBANESE<sup>55</sup>, a hipótese mais adequada seria entender a *emptio quae sub condicione resolvitur* como compra e venda pura, à qual era adicionado um pacto resolutivo suspensivamente condicionado: o comprador se comprometia a restituir a coisa no caso de pagar o preço no prazo avençado pelas partes<sup>56</sup>.

Esta hipótese, inclusive, pode ser observada no fragmento de *Ulpiano*:

*Ulp. 28 ad sab D. 18, 3, 1*<sup>57</sup>:

“*Si fundus  
commissoria lege  
venierit, magis est,  
ut sub condicione  
resolve emptio  
quam sub  
condicione  
contrahi  
videatur*”.

Caso tivesse sido vendido um terreno com cláusula comissória, mais parece que a compra se resolve sob condição, do que tenha sido contraída sob condição.

---

<sup>53</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 132.

<sup>54</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 132.

<sup>55</sup> ALBANESE, Bernardo. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* cit (nota 34 supra), p. 331.

<sup>56</sup> REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 6 supra), p. 62.

<sup>57</sup> D'ORS, Álvaro. et al., *El Digesto de Justiniano* cit (nota 5 supra); I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano* cit (nota 1 supra), p. 911.

Observa-se, do fragmento, que no caso em que o terreno tivesse sido vendido com *lex commissoria*, seria preferível considerar que a compra e venda sujeita à condição foi resolvida (*emptio quae sub condicione resolvitur*), ao invés de ter sido celebrada sob condição (*emptio condicionalis*)<sup>58</sup>, e, a diferença destas duas hipóteses é substancial.

Pela primeira, configurada a *emptio pura quae sub condicione resolvitur*, a venda se aperfeiçoa com a manifestação de vontade das partes isenta de vício, mas os seus efeitos serão extintos caso o preço não seja adimplido no prazo avençado. Já pela segunda, na hipótese da *emptio condicionalis*, a eficácia do ato fica suspensa até o efetivo pagamento do preço<sup>59</sup>, momento então, que os efeitos decorrentes do negócio serão irradiados.

Assim, compreendidas as diferenças, B. ALBANESE<sup>60</sup> acentua que é no estudo do fragmento de Nerácio que se vislumbra o uso da *lex commissoria* como condição resolutiva, pois, através de uma compra e venda suspensivamente condicionada, vende-se a *res*, procedendo-se à entrega do bem, contudo, verificado o evento previsto na condição, cessam-se os efeitos, e a resolução se opera retroativamente - *ex tunc*- sendo considerado, o contrato, como não celebrado<sup>61</sup>.

### 3.3 As consequências jurídicas decorrentes da adoção da *lex commissoria* como cláusula suspensiva ou resolutiva

No fragmento em análise, observa-se que a solução proposta por Nerácio, no caso de não pagamento do preço, é justamente a extinção da relação obrigacional, haja vista o fato de

<sup>58</sup> GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* cit (nota 5 supra), p. 48.

<sup>59</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 130.

<sup>60</sup> ALBANESE, Bernardo. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* cit (nota 34 supra), p. 332.

<sup>61</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 131.

que se teria o terreno como não adquirido, atuando, a *lex commissoria*, como condição resolutiva do negócio jurídico<sup>62</sup>.

O efeito atribuído à *lex commissoria* importa pelas suas consequências jurídicas, que, inclusive, são mencionadas por Nerácio na segunda parte do fragmento, quando enuncia que os frutos pertencerão ao comprador quando forem percebidos “*para si e por seu próprio direito*” (“*...sibi suo quoque iure percipiret*”).

Isso porque, estruturada como condição resolutiva, o comprador, se já tiver entrado na posse do bem, imediatamente começa a usucapir *pro emptore*, percebendo os frutos derivados da coisa e responsabilizando-se pelo risco da perda, conforme a regra de que o risco compete ao comprador (*periculum est emptoris*)<sup>63</sup>, posto que o negócio jurídico terá se aperfeiçoado<sup>64</sup> desde a manifestação de vontade das partes.

Já na compra e venda sob condição suspensiva, até que ocorresse o pagamento do preço, os frutos não poderiam ser percebidos pelo comprador, sendo vedada, portanto, a aplicação do *tempus ad usucapionem*. Além disso, o comprador não se responsabilizaria pelos riscos do perecimento da coisa<sup>65</sup>, pois, enquanto vigente o inadimplemento, a compra e venda não teria sido aperfeiçoada<sup>66</sup>, sendo obstados os efeitos jurídicos até o pagamento do preço avençado pelas partes.

Quanto aos frutos, se por um lado se defende que diante do regime da condição resolutiva a aquisição pelo comprador ocorre de maneira provisória, devendo haver a restituição dos frutos quando verificada a condição, alguns

---

<sup>62</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 129.

<sup>63</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 131

<sup>64</sup> KASER, Max. *Römisches Privatrecht* cit (nota 26 supra), p. 244.

<sup>65</sup> Cf. *Pomp 35 ad Sab D (18, 3, 2)*; LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), 2018, p. 131; REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 3 supra), p.71.

<sup>66</sup> KASER, Max. *Römisches Privatrecht* cit (nota 26 supra), p. 244.

estudiosos<sup>67</sup> entendem que a regra aplicável ao caso se condiciona ao momento histórico observado, em decorrência de dois diferentes estágios de desenvolvimento do tema<sup>68</sup>.

Assim, em um primeiro momento, os frutos percebidos pelo comprador seriam considerados por ele adquiridos de maneira definitiva, não sendo obrigado a devolvê-los ao vendedor<sup>69</sup>. Em um segundo momento, entretanto, para os juristas da idade de Severo, uma vez alcançada a resolução do contrato, os frutos percebidos pelo comprador deveriam ser restituídos ao devedor, de modo a se retornar ao *status quo ante*<sup>70</sup>.

Essa retroatividade da condição resolutiva permitia reinaugurar o equilíbrio da relação jurídica, posto que, desfeito o negócio jurídico pelo inadimplemento do comprador, haveria desvantagem para o vendedor caso os frutos percebidos na pendência da condição<sup>71</sup> não fossem restituídos.

Para A. LOVATO<sup>72</sup>, a razão do efeito *ex tunc* reside no fato de que as vantagens e desvantagens devem ser transmitidas ao comprador, mas, ao se verificar a ocorrência da condição aposta ao contrato, o comprador não deve obter vantagens nem sofrer desvantagens, operando-se, portanto, o retorno à situação inicial.

---

<sup>67</sup> De acordo com ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), os estudiosos capitaneados por BESSELER que entendiam a evolução do instituto em dois diferentes momentos históricos, sendo que a conclusão ensejava o entendimento de que os frutos deveriam ser restituídos caso o evento previsto na condição fosse verificado.

<sup>68</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 414.

<sup>69</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 414.

<sup>70</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 414.

<sup>71</sup> REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano*, Dissertação cit (nota 3 supra), p. 71; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 414.

<sup>72</sup> LOVATO, Andrea. *Lex commissoria nella compravendita* cit (nota 24 supra), p. 131.

É este retorno ao *status quo ante* que Nerácio entende ser a solução atribuída à Aristão<sup>73</sup> na lide posta, ao enunciar que, operando-se a devolução do terreno, o vendedor deveria, de igual forma, reaver os frutos percebidos pelo comprador enquanto pendente a condição, posto que não deveria ficar em seu poder “*nada por força da coisa em relação a qual tivesse faltado boa-fé*”.

Não se vislumbra suposta divergência<sup>74</sup> entre a solução proposta por Nerácio (“*com relação aos frutos que tivesse percebido o comprador, deve-se entender que o comprador os percebeu, para si e por seu próprio direito*”) daquela que o próprio jurista atribui a Aristão (“*... se tivesse devolvido o terreno, entendia Aristão que deveria ser dado ao vendedor uma ação em relação aos frutos contra o comprador...*”).

Afinal, *a priori*, por força do efeito irradiado pela aposição do pacto resolutivo suspensivamente condicionado à compra e venda, reconhece-se o direito de o comprador perceber os frutos, tão logo tenha entrado na posse do bem. Contudo, decorrido o termo sem que o comprador tenha adimplido o preço, opera-se a resolução do contrato, e, devolvido o terreno, justo se torna a devolução dos frutos percebidos pelo comprador, a fim de que o vendedor não incorra em prejuízo.

Por isso, no tocante aos frutos percebidos pelo comprador enquanto pendente a condição, o entendimento aqui adotado é distinto daquele enunciado por J. A. GODDARD<sup>75</sup>. Afinal, não se identifica no fragmento divergência entre Nerácio e Aristão quanto à solução da lide posta, apenas se observa que o recorte temporal adotado por estes autores é distinto: primeiramente Nerácio se manifesta sobre os frutos percebidos antes de ocorrer o

---

<sup>73</sup> Cf. GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* cit (nota 5 *supra*), p. 50, “*la opinión de Neracio es que se entiende que el comprador adquiere los frutos, por derecho propio, en el tiempo intermedio, por lo cual podría retenerlos si devolvía el fundo; Ariston, aqui citado tenia la opinión contraria, que todos los frutos debían devolverse; una solución intermedia es la que ofrece Ulpiano (párrafo 4.1 de este título) de que puede retener frutos si pago una parte del precio, pero posiblemente sea una solución interpolada por los compiladores*”

<sup>74</sup> GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* cit (nota 5 *supra*), p. 50.

<sup>75</sup> GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* cit (nota 5 *supra*), p. 50

evento estabelecido na condição (adimplemento), enquanto que, ao citar Aristão, o inadimplemento já foi verificado: ocorrida a condição prevista na cláusula, resolvido está o contrato, e, portanto, devida será a restituição dos frutos percebidos pelo comprador.

### 3.4 Da ação cabível para a restituição dos frutos

Ao se considerar a *lex commissoria* como cláusula suspensiva, o inadimplemento do preço no prazo avençado facultava ao vendedor considerar o negócio de compra e venda como não concluído, porque a eficácia deste negócio jurídico estava mesmo suspensa até que o evento (adimplemento) ocorresse<sup>76</sup>. Por este motivo, os frutos percebidos *pendente condicione* não pertenceriam, a princípio, ao comprador<sup>77</sup>.

Já sob a ótica da *lex commissoria* como condição resolutiva, o negócio da compra e venda já havia, pelo menos em parte, irradiado seus efeitos, entretanto, verificada a ocorrência do evento, cessava a sua eficácia<sup>78</sup>. É o que se verifica no fragmento em estudo, quando Nerácio demonstra que a percepção dos frutos é direito do comprador, a não ser que o negócio jurídico fosse desfeito pela não ocorrência do evento previsto na cláusula (adimplemento), situação esta que promoveria a restituição dos frutos pelo princípio da boa-fé<sup>79</sup>.

E, diante disso, o questionamento que se coloca é atinente à ação adequada para o vendedor recuperar os frutos percebidos pelo comprador na pendência da condição resolutiva.

---

<sup>76</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 421.

<sup>77</sup> REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 3 supra), p. 74.

<sup>78</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 421.

<sup>79</sup> REIS, Mayara de Lima. *O pacto comissório no Direito Romano* cit (nota 3 supra), pp. 74-75.

Sobre o tema, V. ARANGIO-RUIZ<sup>80</sup> questiona se a ação proposta por Nerácio, no fragmento em estudo, seria a *actio in factum*<sup>81</sup>, enquanto que outros autores<sup>82</sup> indicam que a restituição dos frutos poderia ser obtida através da *actio venditi*.

A justificativa para a restituição dos frutos percebidos pelo comprador na vigência da cláusula resolutiva através da *actio venditi*, reside no fato de que o contrato de compra e venda teria irradiado seus efeitos até que não verificado o adimplemento no prazo avençado. A utilização da *actio venditi*, inclusive, era a solução indicada por VAN ZYL<sup>83</sup> para a recuperação do imóvel pelo vendedor após a resolução negocial.

A conclusão obtida por VAN ZYL<sup>84</sup> decorre da análise do Decreto Imperial C, 4, 53, 3, em que o Imperador Alexandre Severo nega ao vendedor do imóvel a recuperação da propriedade transferida pela *rei vindicatio*, pois, em face do comprador inadimplente, quando resolvido o contrato de compra e venda com *lex commissoria*, a ação contratual aplicável deveria decorrer da venda (*actio venditi*).

---

<sup>80</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 419.

<sup>81</sup> De acordo com KASER, Max cit (nota 26 supra), pp. 197; 264), a *actio* é o meio processual para realizar o direito privado em litígio, e, os romanos para diferenciar as relações obrigacionais utilizavam as fórmulas redigidas para cada *actio*. Entretanto, com o enfraquecimento da tipicidade, foi permitido aos pretores criar ações para a resolução de casos fáticos específicos, além daquelas previstas nos editos – eram as *actiones in factum*. Para MOREIRA ALVES, José Carlos cit (nota 33 supra), pp. 242-243, as *actiones in factum*, entendidas como categoria das ações pretorianas, eram caracterizadas pela ausência da *intentio in ius*, posto que nesta parte da fórmula havia apenas a descrição dos fatos, e, por intermédio das *actiones in factum* era possível a tutela de situações não previstas no *ius civile*.

<sup>82</sup> KASER, Max. *Römisches Privatrecht*, cit (nota 26 supra), p. 243; VAN ZYL, Deon H. Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae Als Entscheidungsgrundlage des Römischen Privatrechts*, in *Fundamina*, (23), 2017, pp. 234-235.

<sup>83</sup> VAN ZYL, Deon H. Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae* cit (nota 82 supra), pp. 234-235.

<sup>84</sup> D VAN ZYL, Deon H. Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae* cit (nota 82 supra), pp. 234-235.

Neste sentido, também, M. KASER<sup>85</sup>, entende que mediante o uso da *actio venditi*, o vendedor poderia exigir o pagamento do preço, os juros decorrentes do atraso e certas prestações acessórias<sup>86</sup>. Com efeito, o uso da *actio venditi* parece ser o instrumento mais adequado para a restituição dos frutos percebidos enquanto pendente a cláusula resolutória, posto que, quando da percepção dos frutos, o negócio jurídico de compra e venda irradia os seus efeitos, sendo a eficácia obstada apenas quando do não cumprimento da obrigação do comprador.

Neste sentido, importante ressaltar que apesar de V. ARANGIO-RUIZ questionar a medida processual mais adequada para a recuperação dos frutos, sugerindo o uso da *actio in factum* - pela impossibilidade de se usar a ação da venda quando esta for considerada não celebrada ou revogada -, ao discorrer sobre o *pactum disiplicentiae*, o autor admite que, a partir da obra de Sabino, a *actio in factum* poderia ser substituída pelas ações próprias da compra e venda<sup>87</sup>.

#### 4. A RESOLUÇÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Ressurgida nos Códigos Civis Modernos, a resolução contratual foi concebida como o ato de um dos contratantes que se dirige à dissolução do vínculo contratual, de modo a fazer com que as partes retornem ao *status quo ante*<sup>88</sup>. Tal resolução pode ser aplicada tanto aos contratos de prestações duradouras como aos contratos de prestações instantâneas<sup>89</sup> e pode ser conceituada como

---

<sup>85</sup> KASER, Max. *Römisches Privatrecht*, cit (nota 6 supra), p. 243.

<sup>86</sup> Entendidos os frutos como acessórios da coisa principal, a sua restituição deveria ocorrer mediante o uso da *actio venditi*.

<sup>87</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano* cit (nota 4 supra), p. 404.

<sup>88</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 49.

<sup>89</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, 7 ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 267.

a destruição da relação obrigacional, requerida por um dos contratantes, com base em fato posterior à celebração do contrato<sup>90</sup>.

De maneira geral, hoje são reconhecidas duas espécies de resolução contratual, a primeira dita legal e a segunda denominada convencional. Quando convencional, a revogação se opera no mesmo momento em que o contrato se reporta, ou em momento posterior. Em ambas, entretanto, a premissa para a subsunção dos fatos à norma é a existência de negócio jurídico bilateral, inadimplemento definitivo e que o contratante que invoca a resolução não esteja inadimplente<sup>91</sup>. Além destes elementos, a exigência que se repercute, ainda, é a de que o autor invoque e prove o fundamento da resolução<sup>92</sup> pretendida.

Havendo como base a distinção entre as duas formas de se operar a resolução dos contratos, o Código Civil brasileiro dispõe no artigo 474<sup>93</sup> sobre a hipótese da resolução negocial, enquanto que no artigo 475 estabelece as regras para a resolução legal.

#### **4.1 A resolução legal prevista no artigo 475 do Código Civil de 2002<sup>94</sup>**

A resolução legal concede ao contratante, contra quem se operou o inadimplemento, o direito à resolução<sup>95</sup>, sendo

---

<sup>90</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II. Coimbra: Almedina, 2001, p. 275.

<sup>91</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), p. 414.

<sup>92</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações* cit (nota 89 supra), p. 268.

<sup>93</sup> Art. 474 CC/02: A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

<sup>94</sup> Art. 475 do CC/02: “*A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos*”.

<sup>95</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), p. 414.

considerada, portanto, como instrumento destinado à parte que se viu prejudicada pelo inadimplemento, apta a romper o vínculo contratual mediante ação judicial. A resolução legal, portanto, exigirá sempre uma manifestação de vontade do contraente<sup>96</sup>.

O direito formativo modificativo à resolução<sup>97</sup> surge quando do inadimplemento e não é, entretanto, *ipso iure*, isto é, de eficácia automática, mas sim, *ex lege*, posto que dependerá do exercício do direito do interessado, que buscará decisão judicial de natureza constitutiva com eficácia executiva e condenatória, retroagindo seus efeitos à época da celebração do negócio<sup>98</sup>.

Entendido o direito à resolução legal, deve-se compreender as hipóteses fáticas que ensejarão a subsunção do fato à norma<sup>99</sup>.

O primeiro requisito para que haja o direito à resolução é a existência, entre as partes, de um negócio jurídico bilateral e sinalagmático, ou seja, mediante a prestação de um contratante, caberá a contraprestação da outra parte, e, é justamente esta interdependência<sup>100</sup> das obrigações do comprador e do vendedor que justificará a resolução por um dos contratantes. O segundo requisito será a existência de decisão judicial, pois, como já visto, a resolução se opera *ex lege*.

O terceiro requisito se refere ao incumprimento definitivo da obrigação, e, neste ponto, há significativas divergências com relação ao sentido alcançado pelo termo inadimplemento.

---

<sup>96</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral* cit (nota 90 supra), p. 278; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p.49.

<sup>97</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), 404.

<sup>98</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), p. 425.

<sup>99</sup> Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), pp. 79 e ss.

<sup>100</sup> GOMES, Orlando. *Contratos* cit (nota 48 supra), p. 171.

Para PONTES DE MIRANDA<sup>101</sup>, qualquer inadimplemento ensejaria o direito à resolução, sendo seu pressuposto a existência de mora não purgada pelo devedor. No mesmo sentido está O. GOMES<sup>102</sup> ao enunciar que a resolução legal poderia operar seus efeitos nos casos em que genericamente houvesse a inexecução da obrigação.

Por outro lado, entretanto, alguns autores<sup>103</sup> entendem que a simples mora não seria, por si só, a causa para a resolução, posto que verificado o atraso ou o cumprimento imperfeito da prestação, seria possível ainda, o seu cumprimento ou o seu refazimento<sup>104</sup>.

Assim, se de um prisma, alguns autores<sup>105</sup> entendem pela possibilidade de se exercer o direito à resolução, ainda nos casos em que verifica apenas a mora, haja vista o fato de que a expressão “inadimplemento” deveria ser interpretada em seu sentido amplo<sup>106</sup>, de outro, há entendimento de que o direito à resolução poderia ser exercido somente nos casos de inadimplemento absoluto ou de inadimplemento relativo que tornasse a obrigação inútil.

De toda forma, R. R. AGUIAR JÚNIOR<sup>107</sup> estabelece que o incumprimento da obrigação, entendido como o requisito para a resolução dos contratos, é apenas aquele que se opera de maneira definitiva, “*originário de impossibilidade superveniente, total, absoluta, ou relativa, imputável ao devedor, ou resultante da perda de interesse do credor em*

---

<sup>101</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), 425.

<sup>102</sup> GOMES, Orlando. *Contratos* cit (nota 48 supra), p. 170.

<sup>103</sup> GOMES, Orlando. *Contratos* cit (nota 48 supra), São Paulo: Saraiva, 5.ed., 1980, p. 37; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p.120.

<sup>104</sup> ALVIM, Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências* cit (nota 103 supra), p. 37.

<sup>105</sup> GOMES, Orlando. *Contratos* cit (nota 48 supra), p. 170.

<sup>106</sup> CATALAN, Marcos. *Descumprimento Contratual*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 232.

<sup>107</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p. 96.

*receber uma prestação ainda possível, mas que não foi efetuada ou foi malfeita por impossibilidade parcial ou temporária, por cumprimento imperfeito ou pela mora*<sup>108</sup>”

Por fim, como quarto requisito para a verificação da resolução contratual, o contratante que alega o incumprimento da obrigação, não pode, ele mesmo, estar inadimplente na relação jurídica *in casu*. Nesta situação, o ordenamento jurídico permite a *exceptio non adimpleti contractus* como matéria de defesa contra quem, ainda que inadimplente, pretenda a resolução contratual<sup>109</sup>

Assim, verificada a ocorrência cumulativa dos requisitos expostos, a parte lesada pelo inadimplemento contratual poderá exercer o *jus variandi*, pois, apesar de ter a faculdade de resolver o contrato pleiteando perdas e danos, caso seja de seu interesse, poderá exigir o cumprimento da contraprestação<sup>110</sup>, nos casos em que a prestação puder ser conservada em sua utilidade<sup>111</sup>, de modo a ser resguardado o vínculo contratual.

#### **4.2 A resolução convencional prevista no artigo 474 do Código Civil de 2002<sup>112</sup>**

A resolução convencional, ou também conhecida como resolução negocial, é assim denominada em virtude da necessária existência de convenção ou acordo entre as partes contratantes. Assim, caso estipulada a cláusula resolutiva expressa, e, verificado o inadimplemento, a resolução operará de pleno direito. Contudo,

<sup>108</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p. 96.

<sup>109</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* cit (nota 3 supra), pp. 419; 437; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), pp. 171-173.

<sup>110</sup> GOMES, Orlando. *Contratos* cit (nota 48 supra), pp. 170-171.

<sup>111</sup> PAULINO; Roberto; CHUERI, Rodrigo Cunha; AZEVEDO, Rafael. O problema da causa na resolução dos contratos, *Revista de informação legislativa: RIL*, (53), n. 211, 2016 e ALVIM, Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit (nota 103 supra), p. 54.

<sup>112</sup> Art. 474 do CC/02: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

sendo a cláusula tácita, conforme previsto na segunda parte do dispositivo legal em comento, para que a resolução opere seus efeitos, será necessária a interpelação judicial.

Observa-se que os requisitos exigidos para que se opere a resolução convencional mantêm-se os mesmos da resolução legal, com exceção da decisão judicial, que será substituída pela interpelação judicial, necessária apenas na hipótese de cláusula tácita convenionada pelos contratantes. De todo modo, a resolução do contrato continuará operando com eficácia *ex tunc*<sup>113</sup>, o que significa dizer que o negócio jurídico será entendido como não celebrado, havendo como consequência, o retorno das partes à situação em que se encontravam antes da celebração do negócio<sup>114</sup>.

Importa considerar que com a resolução contratual se obtém o efeito liberatório, o que significa dizer que o exercício do direito formativo à resolução contratual extingue a relação obrigacional havida entre as partes, liberando tanto o credor, quanto o devedor das obrigações previamente avençadas<sup>115</sup>.

Entretanto, existem casos em que umas das partes, ou ambas, já tenham prestado parte de suas obrigações<sup>116</sup>, hipótese na qual, para se evitar enriquecimento ilícito, haverá a restituição da

---

<sup>113</sup> Cf. R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p. 64, os efeitos esperados da resolução são *ex tunc*, na medida em que restituirá as partes à posição ocupada ao tempo da celebração do negócio jurídico. Todavia, em se tratando de contratos duradouros de execução continuada, ou ainda de execução periódica, o efeito alcançado pela resolução será *ex nunc*, haja vista a necessária manutenção das prestações recíprocas que já foram efetivamente prestadas.

<sup>114</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral* cit (nota 90 supra), p. 277; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p.49.

<sup>115</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p. 49.

<sup>116</sup> STEINER, Renata Carlos. Resolução do contrato e reparação de danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, pp. 6-7

parcela adimplida, ainda que parcial ou defeituosa<sup>117</sup>, para que só então haja a eficácia liberatória.

### 4.3 Análise comparativa entre a *lex commissoria* e a resolução dos contratos no Código Civil de 2002

Apreende-se que a *lex commissoria*, elemento acidental adicionado aos contratos de compra e venda, a partir de Nerácio, passou a ser vislumbrada como cláusula suspensivamente condicionada, mediante a qual, identificado o decurso do prazo sem que o comprador adimplisse a prestação, operava-se a resolução contratual, extinguindo a relação jurídica antes havida entre as partes.

A sua previsão, portanto, decorria do próprio instrumento contratual, de maneira expressa, de modo a exteriorizar a intenção resolutiva das partes caso o adimplemento não ocorresse no prazo avençado. Entretanto, nota-se que já no Direito Romano, o vendedor poderia exercer o *jus variandi*: facultava-se ao credor exigir a contraprestação devida, ou resolver o contrato, reavendo para si a *res* e os frutos percebidos enquanto pendente a condição.

Apesar das diferenças verificadas entre os dois institutos, principalmente em virtude do fato de que a resolução contratual no Direito Romano restringia-se aos contratos aos quais era adicionada a *lex commissoria*, enquanto que hoje, ainda que não convencionalizada pelas partes, é regra geral aplicada aos negócios jurídicos bilaterais (artigo 475 do CC/02), é possível verificar a similitude dos institutos em seus delineamentos gerais.

Isso porque, como observado, a resolução convencional prevista no artigo 474 do Código Civil prevê a cláusula expressa que exteriorize a possibilidade de extinção dos contratos, nos moldes do que verificado no Direito Romano. Somado a isso, apreende-se ainda que a cláusula preserva a sua

---

<sup>117</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* cit (nota 88 supra), p. 50.

eficácia resolutive: caso não verificado o adimplemento da prestação, é possibilitado ao credor o exercício do direito formativo à resolução, mediante o qual, o vendedor poderá exigir o cumprimento da obrigação ou a restituição do bem, resguardando-se as parcelas já adimplidas ainda que parcialmente, as quais deverão ser restituídas ao comprador.

E, a principal característica que se reputa mantida é a tentativa de o ordenamento jurídico extirpar o enriquecimento sem causa, que poderia ocorrer caso não houvesse para o credor instrumento que possibilitasse a exigibilidade da prestação, ou o retorno ao *status quo ante*. Assim, identificado o descumprimento do devedor na prestação que lhe cabia, possibilita-se ao vendedor, caso a prestação não mais lhe seja útil, o retorno à situação anterior, entendido o negócio jurídico como se não houvesse sido celebrado.

## 5. Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2 ed. Rio de Janeiro, Aide, 2004.

ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*. Palermo: Università di Palermo, 1982.

ALLEN, Alexaxdeii et. al. *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*. v.2, Boston: Little Brown and Co., 1867.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ALVES, Moreira. *Manual de Direito Romano*, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La compravendita in diritto romano*, 2 ed., v. 1, Napoli: Eugenio Jovene, 1954.

BERTOLINI, Cesare. *Appunti Didattici di Diritto Romano*, Torino: Pietro Gerbone, 1907.

BIRKS, Peter. *The Roman Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

CATALAN, Marcos. *Descumprimento Contratual*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DEL CORRAL, Ildefonso L. García. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. v.1, Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

D'ORS, Álvaro, et al. *El Digesto de Justiniano*, t. 1, Pamplona: Aranzadi, 1968.

DU PLESSIS, Paul, Theory and Practice in the Law of Contracts, in *Obligations in Roman Law – past, present, and future*, T. A. J. MCGINN (organizador). Michigan: University of Michigan Press, 2012.

GODDARD, Jorge Adame. *Libro XVIII del Digesto* (sobre la compraventa), Mexico, Universidade Nacional Autónoma de México, 1993.

GOMES, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no Direito Brasileiro*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

HONORÉ, Tony. *The Theodosian Dynasty and its Quaestors*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KASER, Max. *Römisches Privatrecht*. 2 ed., 1992, trad. port. Hämerle, Ferdinand e Rodrigues, Samuel, *Direito Privado Romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

LIMA REIS, Mayara de. *O pacto comissório no Direito Romano* (dissertação). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 63.

LOVATO, Andrea, *Lex commissoria nella compravendita*. In: *Il diritto romano caso per caso*. L. SOLIDORO, et al. G. Giappichelli, 2018.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Da compra e venda sujeita a passagem, contagem e medição e o problema dos riscos da coisa vendida (“*periculum rei venditae*”). In *RFD* (105), 2010, pp. 81-107.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Manual de Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 16 ed., 2014.

NEFF, Stephan, *Hugo Grotius on the law and of War and Peace*: Student Edition. New York: Cambridge University Press, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado*, 7 ed., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULINO; Roberto; CHUERI, Rodrigo Cunha, AZEVEDO, Rafael. O problema da causa na resolução dos contratos. In: *Revista de informação legislativa*: RIL, (53) n. 211, 2016, pp. 335- 352.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte especial, t. XXV, NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria (atualizadores). Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: Parte geral, t. V, BERNANRDES DE MELLO, Marcos;

EHRHARDT JR., Marcos (atualizadores). Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2012.

RANDOLPH RICHARDS, Ernest, *Paul and First-Century Letter Writing: Secretaries, Composition and Collection*. Illinois: Inter Varsity Press, 2004.

STEINER, Renata Carlos. Resolução do contrato e reparação de danos na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/RenataSteiner.pdf>.

SYME, Ronald. The jurist Neratius Priscus. In *Hermes*, (85), 1957, pp. 480-493.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. II, Coimbra: Almedina, 2001.

VOCI, Pasquale. *La dottrina romana del Contratto*. Milano: G. Giufrè, 1946.

VAN ZYL, Deon H. Review of Gargely Deli, *Salus Rei Publicae Als Entscheidungsgrundlage des Römischen Privatrechts*, in *Fundamina*, (23), 2017, pp. 232-242.

WATSON, Alan. *The Law of obligations in the Later Roman Republic*. Oxford: Clarendon, 1965.

WIEACKER, Franz. Lex Commissoria, Erfüllungszwang im Widerruf im römischen Kaufrecht, revisto por R. MONIER. In: *Revue Historique De Droit Français Et Étranger* (1922), (12), 1933, pp. 136-139.